Artikel 48 der Reichsverfassung und das richterliche Nachprüfungsrecht

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau
vorgelegt von

Eberhard Ksoll
Gerichtsreferendar in Oels

1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn

Gewidmet meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 1926.
Hatschek: Deutsches und preußisches Staatsrecht. 1923.
dto. Deutsches und preußisches Verwaltungsrecht. 1923
Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches. 6. Aufl.
Poetsch: Handausgabe der Reichsverfassung. 1919.
Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. 1924.
Wittmayer: Die Weimarer Reichsverfassung. 1922.
Meißner: Staatsrecht des Reichs und seiner Länder. 1924.
W. Jellinek: Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder in Teubers Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde 1925.
Preuß: Um die Reichsverfassung von Weimar. 1924.
v. Freytag-Loringhofen: Die Weimarer Reichsverfassung. 1924.
Poetsch: Jahrbuch des öffentlichen Rechts. 13. S. 73.
Gmelin: Handbuch der Politik. 3, S. 156.
R. Schmidt: Einführung in die Rechtswissenschaft. S. 278.
Graf zu Dohna: J. W. 1021, S. 1429.
Preuß: Zeitschrift für Politik, Bd. 13, S. 97.
Strupp: Archiv für öffentliches Recht. N. F. 5, S. 82.
Rothenbücher: Archiv für öffentliches Recht. N. F. S. 71.
Kronheimer: Archiv für öffentliches Recht. N. F. 7, S. 304.
Nawiasky: Bayrisches Verfassungsrecht. 1923.
Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer: Tagung in Jena 1924, Referate von Karl Schmitt und Erwin Jacobi.
Stier-Somlo: Archiv für öffentliches Recht. N. F. 7, S. 91.
Grau: Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen. 1922.
Thoma: J. W. 1924, S. 1494 und 1495.
— DJZ., 29, 654.
Haentzschel: DJZ., 29, S. 341.
Schwalb: Daselbst S. 692, Heft 30, S. 269.
Nawiasky: Im Recht. 1924, Heft 20.

— Archiv für öffentliches Recht. N. F. 9, S. 1.
Brecht: In von Brauchitsch, preuß. Verw. Ges., neu herausgegeb. v. Drews und Lassar, Bd. II, S. 44.
— Verhandlungen des deutschen Juristentags 1924 in Heidelberg.
Frank: Strafgesetzbuch. 17. Aufl.
Triepel: Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. In der Festgabe für Kahl. 1923.
Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 5. Aufl. 1911
Seydel: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, 1907.
Bilke: Der Fall Lossow in staatsrechtlicher Bedeutung. Breslauer Dissertation 1925.
v. Gerber: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl.
Arndt: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat von 1850, 7. Auflage.
Bornhak: Preußisches Staatsrecht, 2. Auflage, 1911.
v. Stengel: Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, 1894.
Schwartz: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, 1893.
H. Schulze: Preußisches Staatsrecht auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts, 2. Auflage.
v. Rönne: Preußisches Staatsrecht, 3. Auflage.
Helfritz: Verwaltungsrechtliches Kolleg.
Die Verfassungsurkunde.
Das Verwaltungsarchiv.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.
Entscheidungen des bayerischen Staatsgerichtshofes in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1924.

A.

Die Grundlage des richterlichen Nachprüfungsrechtes findet sich in Art. 102 der Reichsverfassung. Dieser bestimmt, daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind. Damit will die Verfassung zweierlei zum Ausdruck bringen. Sie proklamiert einmal die Selbständigkeit des Richters gegenüber der Staatsleistung, die zwar kraft der ihr zustehenden Justizaufsichtsbefugnisse für einen geordneten Gang der Rechtspflege zu sorgen hat, aber in die Tätigkeit der Rechtspflege selbst nicht eingreifen darf, und gegenüber dem Parlament, das nur durch Gesetze die Rechtspflege beeinflußen darf. Sodann aber setzt die Reichsverfassung als Schranke der richterlichen Gewalt die Gesetze fest, die für den Richter unbedingt bindend und von ihm einfach anzuwenden sind. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Richter jede Norm, welche ihm mit dem Anspruch, Gesetz zu sein, entgegentritt, unbesehen anwenden muß. Er darf und muß vielmehr nachprüfen, ob das, was Gesetz sein will, wirklich auch Gesetz ist. In welchem Umfange er dies tun darf, ist freilich lebhaft bestritten. Nach einer Auffassung (Anschütz[1]) ist das Nachprüfungsrecht dahin beschränkt, daß der Richter nur nachzuprüfen hat, ob das Gesetz ordnungsgemäß verkündet ist. Die ordnungsgemäße Verkündung begründet die Vermutung, daß das Gesetz auch materiell ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Nach einer anderen, besonders vom Reichsgericht[2] vertretenen Auffassung besteht eine derartige Vermutung nicht, der Richter darf daher sowohl die formelle als auch die materielle Wirksamkeit nachprüfen. Einig sind sich aber die Vertreter beider Richtungen darüber, daß der Richter auf alle Fälle nachprüfen darf, ob das Gesetz so, wie es verkündet ist, noch gilt, oder ob es etwa durch ein späteres Gesetz abgeändert oder aufgehoben ist, ob ein Landesgesetz mit dem Reichsrecht vereinbar ist, und ob Verordnungen mit den für ihren Erlaß maßgebenden

1) Anschütz zu Art. 70 Nr. 2.
2) RGZ. 102 S. 164.

gesetzlichen Vorschriften in Widerspruch stehen. Besonderheiten für das richterliche Nachprüfungsrecht gelten hinsichtlich der Ausnahmegewalt auf Grund Art. 48 der Reichsverfassung.

B.

Auch die alte Reichsverfassung kannte Ausnahmemaßnahmen, für die die obersten Organe, Bundesrat und Kaiser zuständig waren. Sie hatte sie aber im Gegensatz zur heutigen Verfassung äußerlich getrennt behandelt. Im Art. 19 war die Bundesexekution geregelt, die dem Reich das Recht sicherte, Bundesmitglieder, d. h. also Einzelstaaten, die ihre verfassungsmäßigen Bundespflichten nicht erfüllten, durch Zwangsmaßnahmen dazu anzuhalten. Auch nach der alten Reichsverfassung war demnach Voraussetzung für die Bundesexekution, daß ein Land die ihm durch die Verfassung auferlegten Pflichten verletzt hatte. Ob aber im einzelnen Falle eine verfassungsmäßige Bundespflicht vorlag, konnte zwischen dem einzelnen Staate und den übrigen Bundesmitgliedern streitig sein; daß auch hierüber der Bundesrat Entscheidungen zu treffen hatte, sagte Art. 19 nicht ausdrücklich. Indessen war die Beantwortung dieser Frage notwendige Voraussetzung des Exekutionsbeschlusses. Es mußte daher angenommen werden, daß die Verfassung auch die Entscheidung darüber, ob ein Exekutionsfall vorliegt, dem Bundesrat hatte überweisen wollen.[3] Auch die Frage, welche Mittel angewandt werden sollten, lag im Ermessen des Bundesrats, während der Kaiser die Anordnungen des Bundesrats vollstreckte. Nach Art. 68 der alten Reichsverfassung konnte der Kaiser, wenn die öffentliche Sicherheit im Bundesgebiet bedroht war, einen jeden Teil desselben in den Kriegszustand erklären. Voraussetzung war demnach, daß die öffentliche Sicherheit im Bundesgebiet bedroht war. Die Entscheidung darüber stand allein dem Kaiser zu.

I. In der Weimarer Reichsverfassung sind beide Bestimmungen, die Exekution und die Ausnahmegewalt im Art. 48 zusammengefaßt. Sachlich aber sind beide scharf zu scheiden. Die Reichsexekution richtet sich nur gegen ein Land als solches und setzt voraus, daß es die ihm nach der Reichsverfassung obliegenden Pflichten nicht erfüllt, einerlei, ob

---

3) Seydel S. 189.

das pflichtwidrige Verhalten die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet. Dagegen soll die Ausnahmegewalt der Abs. 2 und 4 erhebliche Störungen oder Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beseitigen, gleichgültig, ob der Störer ein Land oder eine Privatperson ist.

Die Reichsexekution kommt nach dem Wortlaut des Art. 48 Abs. 1 nur in Betracht, wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt. Damit steht eindeutig fest, daß sie nur eine Ausnahmemaßregel sein soll für besondere Pflichtverletzungen der Länder, nämlich „für Verletzung der aus der Unterordnung der Länder unter das Reich fließenden, durch das Interesse der Reichsgesamtheit begründeten öffentlichrechtlichen Pflichten eines Landes gegenüber dem Reich“.[4] Als Beispiele seien hier angeführt, eine Bundesverfassung verstößt gegen Art. 17 der Reichsverfassung, ein Staat weigert sich, den Urteilsspruch des Staatsgerichtshofes zu erfüllen oder unterläßt es, die von der Regierung gem. Art. 48 Abs. 4 getroffenen Maßnahmen entgegen dem Verlangen des Reichstages außer Kraft zu setzen. Andere Pflichtverletzungen der Länder, insbesondere privat-rechtliche polizeiliche oder steuerrechtliche können nur mit den allgemeinen Rechts- und Zwangsmitteln des Prozeß- und Verwaltungsrechts geahndet werden.[5] Beim Einschreiten des Reichs in Sachsen im Jahre 1923 ist die Frage praktisch geworden, ob eine unter Art. 48 Abs. 1 fallende Pflicht auf einer ausdrücklichen Verfassungsvorschrift beruhen muß. Die Frage ist mit Anschütz[6] und Preuß[7] dahin zu beantworten, daß dieses Erfordernis nicht gilt. Es genügt vielmehr, daß sich die Pflichten aus dem Geiste der Reichsverfassung und des Reichsgedankens herleiten lassen. Eine derartige, sich aus dem Geiste der Verfassung ergebende Pflicht ist z. B. die Pflicht der Länder, keine ausgesprochenen Gegner der Reichsverfassung in ihre Regierung aufzunehmen.[8]

Ob eine Verletzung der durch die Reichsverfassung oder die Reichsgesetze auferlegten Pflichten seitens eines Landes

---

4) Giese zu Art. 48 Abs. 1.
5) Anschütz S. 168.
6) Anschütz S. 168.
7) Preuß, Um die Reichsverfassung von Weimar, S. 40.
8) Wie Anm. 7.

vorliegt und infolgedessen die Reichsexekution vorzunehmen ist, darüber entscheidet der Reichspräsident, auf den insoweit die Befugnisse des Bundesrats übergegangen sind. Er bestimmt allein, ob eine Pflichtverletzung des betreffenden Landes vorliegt, es sei denn, daß durch die Reichsverfassung oder ein anderes Reichsgesetz etwas anderes bestimmt ist. Letzteres ist z. B. der Fall in Art. 15 Abs. 3, wo die Reichsregierung Mängel bei der Ausführung von Gesetzen rügen und Beseitigung verlangen kann. Freilich gibt Art. 48 Abs. 1 dem Reichspräsidenten kein unbeschränktes Recht in dem Sinne, daß die Länder vollkommen schutzlos seiner Willkür preisgegeben sind. Die Reichsverfassung selbst hat hier einen Riegel vorgeschoben, indem sie in den Art. 13, 15 und 19 die Grundlage einer richterlichen Nachprüfung geschaffen hat. Subjekt dieses Nachprüfungsrechtes ist einmal der Staatsgerichtshof, der nach Art. 19 unter anderem für alle nicht privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern zuständig ist, ferner die Gerichte, die auf Grund des Landessteuergesetzes vom 30. 3. 1920 (R. G. Bl. 402), das Reichsgericht auf Grund des Gesetzes v. 8. April 1920 (R. G. Bl. 310), endlich das Reichsverwaltungsgericht bezw. ein Schiedsgericht auf Grund des sog. Besoldungssperrgesetzes vom 21. 12. 1920 (R. G. Bl. 2117). Diese Gerichte sind durch die Verfassung zur Nachprüfung berechtigt, ob ein Land die ihm durch die Reichsverfassung oder die Reichsgesetze auferlegten Pflichten verletzt hat und die Reichsexekution gerechtfertigt ist. Das Nachprüfungsrecht des Staatsgerichtshofes darüber, ob ein Land die ihm durch die Reichsverfassung auferlegten Pflichten verletzt hat, ist nicht ganz unbestritten. Wittmayer[9] leugnet es; denn nach seiner Ansicht handelt es sich hier nicht um eine Kontrolle der Legalität, sondern ganz ausschließlich um eine Ueberwachung der Zweckmäßigkeit des gliedstaatlichen Verhaltens. Den Schutz dieser Interessen kann das Reich unter keinen Umständen einem Organ der Rechtspflege, gleichgültig, aus welchem Elementen es zusammengesetzt sein mag, überlassen. Zu diesem Ergebnis muß Wittmayer notwendig kommen, weil er dem Art. 19 der Reichsverfassung eine zu enge Auslegung beilegt. Nach seiner Ansicht habe man bei Schaffung des Art. 19 bei den nicht privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen

9) Wittmayer S. 249, 256.

Reich und Ländern schwerlich an Verfassungsstreitigkeiten gedacht, sondern nur an Meinungsverschiedenheiten zwischen vollkommen gleichgeordneten Zentralbehörden, die unter der Geltung des alten Rechts häufig der Vermittlung oder dem Schiedsspruche des Bundesrats unterstellt wurden. Wittmayer hat hier die Fälle im Auge, bei denen Reich und Länder in vielfacher, gegenseitiger Berührung auf Gebieten stehen, die außerhalb der Reichskompetenz gelegen sind, bei denen also nicht die Unterordnung, sondern die Gleichberechtigung von Reich und Länder in Frage kommt. So z. B., wenn die Landesverwaltung für die Staatsverwaltung Beamte, Anstalten, Dienstgebäude zur Verfügung stellt oder wenn das Reich statt im Wege des Befehls durch vertragsmäßige Ausbedingung sich Leistungen der Länder verschafft. An die Meinungsverschiedenheiten, die aus diesen Rechtsbeziehungen entstehen, habe man bei Schaffung des Art. 19 gedacht, keineswegs aber an Verfassungsstreitigkeiten. Um Wittmayer mit den eigenen Worten zu schlagen, sei auf die Verhandlungen des Verfassungsausschusses[10] hingewiesen, wo in Beziehung auf Art. 19 gesagt wurde, daß alle Streitigkeiten nicht privatrechtlicher Natur zwischen Reich und Ländern hierher gehören. So sagt z. B. Abg. Kahl: „Es können zweifellos sehr verschiedenartige: öffentlichrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Reich und einem Einzelstaat entstehen und die Möglichkeit solcher Streitigkeiten ist durch die ganze Anlage der Verfassung erheblich gewachsen." Dies zeigt, daß man bei Schaffung des Art. 19 wohl in erster Linie an Verfassungsstreitigkeiten gedacht hat und mit diesem Art. eine Generalklausel für alle nicht privatrechtlichen Streitigkeiten schaffen wollte.[11] Damit ist auch das Nachprüfungsrecht des Staatsgerichtshofes darüber, ob ein Land die ihm durch die Verfassung auferlegten Pflichten verletzt hat, zu bejahen.[12]

Ib) Wie über die Voraussetzungen, so hat der Reichspräsident auch über die Mittel und Wege der Reichsexekution zu entscheiden. Art. 48 Abs. 1 gibt dem Reichspräsidenten das Recht, mit Hilfe der bewaffneten Macht gegen die Länder einzuschreiten. Meißner[13] folgert nun daraus: daß andere Mittel als das Einsetzen der bewaffneten Macht dem

10) Protokoll des Verfassungsausschusses S. 409.
11) Triepel S. 46.
12) Anschütz S. 168, Freytagh-Loringhofen S. 145, Anm. 1 I b.
13) Meißner S. 89.

Reichspräsidenten nicht zu Gebote stehen; wirtschaftliche Repressalien und dergl. könne er nicht verfügen, dazu bedürfe es eines Reichsgesetzes. Die herrschende Lehre ist dagegen der Ansicht, daß das Einsetzen der bewaffneten Macht das stärkste, nicht das einzige Mittel ist. Es ist auch kaum anzunehmen, daß der Reichspräsident in jedem Falle einer Pflichtverletzung der Länder nach Art. 48 Abs. 1 gleich mit dem schwersten Geschütz auffahren wird. Zur Wahrung der Reichseinheit und zur Vermeidung von Unruhen wird der Reichspräsident in den meisten Fällen zu anderen milderen Mitteln greifen, die regelmäßig auch zum Ziele führen werden. Als mildere Mittel sind zu erwählen die Ersatzvornahme, d. h. also die Ausführung der geforderten Handlung durch das Reich selbst oder durch einen Dritten auf Kosten des ungehorsammen Landes, ferner die Einbehaltung von Zahlungen, die das Reich dem Lande schuldet. Versagen alle diese Mittel, dann steht dem Reichspräsidenten als letztes und wirksamstes Mittel das Einsetzen der bewaffneten Macht zur Verfügung.

Ist nun, wie über die Voraussetzung der Reichsexekution auch über die Zulässigkeit der Mittel ein richterliches Nachprüfungsrecht gegeben? Hätten wir es mit gewöhnlichen Akten der Verwaltung zu tun, dann kämen wir, wie im Verwaltungsrecht, zu dem Ergebnis, daß der Reichspräsident sich zwar gefallen lassen muß, daß die Voraussetzungen der Reichsexekution nachgeprüft werden, daß aber hinsichtlich der Wahl der Mittel ein unüberprüfbares Ermessen besteht. Freilich sind auch die Maßnahmen des Reichspräsidenten auf Grund Art. 48 Abs. 1 der Reichsverfassung Verwaltungsakte, aber als Ausnahmemaßregeln solche besonderer Art. Wir werden hier unterscheiden müssen. An und für sich kann der Reichspräsident nach der Reichsverfassung in jedem einzelnen Falle einer Pflichtverletzung der Länder ohne weiteres das stärkste Mittel, die bewaffnete Macht, einsetzen. Die Anwendung milderer Mittel unterliegt, wie wir oben gesehen haben, seinem freien Ermessen. Streitigkeiten über diese Ermessenausübung, — ein Land behauptet z. B. statt des Einsetzens der bewaffneten Macht wäre ein milderes Mittel am Platze gewesen — gehörten nicht zu den „nichtprivatrechtlichen" nach Art. 19.[14] Deshalb ist ein Nach-

14) Anschütz zu Art. 19 Nr. 4.

prüfungsrecht darüber auch für den Staatsgerichtshof ausgeschlossen. Behaupten dagegen die Länder, daß das Mittel des Reichspräsidenten überhaupt oder im konkreten Falle unzulässig ist, weil es sich nicht gegen das Land, sondern z. B. gegen einzelne Personen, Behörden oder Körperschaften oder gegen nicht korporative Personenmehrheiten (Parteien, Teile der Wählerschaft) richtet, dann liegt eine nichtprivat„recht"liche Streitigkeit im Sinne von Art. 19 der Reichsverfassung vor. Daher kann darüber auf Antrag des betreffenden Landes der Staatsgerichtshof eine Entscheidung fällen.

Bisher waren die maßgeblichen Stellen ängstlich bemüht, die Maßnahmen des Art. 48 Abs. 1 nicht anzuwenden. Dies zeigt insbesondere das Vorgehen gegen Sachsen im Jahre 1923. Obwohl damals Sachsen sich durch die Aufnahme von ausgesprochen Gegnernder Verfassung (Kommunisten) einer Verfassungsverletzung schuldig gemacht hat (Siehe S. 4 oben), hielt es der Reichspräsident nicht für zweckmäßig, von den ihm zu Gebote stehenden Machtmitteln des Art. 48 Abs. 1 Gebrauch zu machen, sondern er begnügte sich mit den Befugnissen des Art. 48 Abs. 2, und erließ am 29. Oktober 1923 eine Verordnung (R. G. Bl. 995), wodurch die vollziehende Gewalt auf den Reichskanzler übertragen wurde.

Weiter ist hier der Fall Lossow—v. Kahr anzuführen, der sich 1923 in Bayern abspielte und zu ernsten Konflikten zwischen dem Reich und Bayern führte. Auch Bayern hat sich damals einer Verfassungsverletzung schuldig gemacht, einmal dadurch, daß es den seiner Dienststelle, als Inhaber der vollziehenden Reichsgewalt enthobenen General Lossow zum Landeskommandanten von Bayern einsetzte und ihn mit der Weiterführung der bayerischen Division beauftragte, ferner auch dadurch, daß die bayerische Regierung die Truppen der 7. (bayerischen) Division in Pflicht nahm. Hierin lag ebenso wie in der Einsetzung des Generals Lossow zum Landeskommandanten zweifellos ein gegen die Verfassung gerichteter Eingriff in die Kommandogewalt.[17] Trotzdem scheute sich der Reichspräsident, die Reichsexekution vorzunehmen, um nicht die bis zur Siedehitze gesteigerte Erregung des bayerischen Volkes zur Explosion zu bringen.

---

15) Anschütz S. 110.
16) Anschütz S. 170 oben.
17) Bilke, Friedrich S. 81.

Auch künftighin aber dürfte Art. 48 Abs. 1 nur selten praktisch werden, weil die Wahrung der Reichseinheit, die Vermeidung von Unruhen und die Empfindlichkeit, insbesondere der Süddeutschen Staaten dies gebietet.

II. a) 1. Weit wichtiger als Abs. 1 ist der Abs. 2 des Art. 48, weil er seit Schaffung der Reichsverfassung schon häufig die Grundlage von Maßnahmen des Reichspräsidenten war und daher des öfteren die Frage aufgeworfen hat, inwieweit die Gerichte diese Maßnahmen nachprüfen dürften. Schon hier sei gesagt, daß im Gegensatz zur alten Reichsverfassung die Maßnahmen des Reichspräsidenten nicht durch die Erklärung des Ausnahmezustandes bedingt sind.[18] Hält der Reichspräsident die Voraussetzung des Abs. 2 für gegeben, dann kann er von seinen Befugnissen ohne weiteres Gebrauch machen. Diese Voraussetzung ist, daß im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet ist. Die Weimarer Verfassung stellt also damit eine Generalklausel auf, ähnlich wie das Polizeirecht in A. L. R. 10, II, 17, während die alte Reichsverfassung bestimmte Tatbestände nannte (Krieg, Aufruhr), auf die die Ausnahmegewalt beschränkt war. Es besteht nun die Gefahr, die beiden Begriffe, öffentliche Sicherheit und Ordnung, denen das A. L. R. 10, II, 17 gleichzustellen, was Hatschek[19] auch wirklich getan hat. Wäre dies richtig, dann müßten wir zu dem Ergebnis kommen, daß Art. 48 Abs. 2 der Reichsverfassung nur die Zuständigkeit des Reichspräsidenten für alle die Fälle begründen wollte, in denen die Polizeibehörden nach A. L. R. 10, II, 17 eingreifen müssen. Damit aber würden wir Art. 48 Abs. 2 in keiner Weise gerecht werden; denn für alle die Fälle, auf die A. L. R. 10, II, 17 zur Anwendung kommt, bietet die Polizei den Statsbürgern schon Schutz genug, sodaß es der Begründung einer besonderen Zuständigkeit des Reichspräsidenten nicht bedürfte. Art. 48 Abs. 2 muß also andere Gefahrfälle im Auge haben und unter öffentlicher Sicherheit und Ordnung etwas anderes verstehen. Sicherheit bedeutet Abwesenheit von beachtlichen Gefahren, beachtliche Gefahren, d. h. „eine die erkennbare, objektive Möglichkeit eines Schadens enthaltende Sachlage, der — unter Berücksichtigung des Grades von Wahrschein-

18) Anschütz S. 171.
19) Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht 2 S. 159.

lichkeit seines Eintritts und des Wertes des bedrohten Gutes, sowie der Interessen an der Nichtverhinderung der Schadensmöglichkeit — nach verständigem Ermessen vorzubeugen ist.“[20] Unter öffentlicher Sicherheit ist hier im Gegensatz zum Polizeirecht die Abwesenheit solcher Gefahren zu verstehen, die der staatlich organisierten Gesellschaft als solcher insbesondere der durch die Verfassung gesicherten Staatstätigkeit drohen.[21] Oeffentliche Ordnung im Sinne des Art. 48 Abs. 2 ist derjenige Zustand der staatlichen Verhältnisse, der allein den Bestimmungen der Verfassung entspricht. Wir sehen also, daß im Gegensatz zum Polizeirecht die Verfassung die Grundlage für die Frage ist, wann die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet ist. Aber nicht jede Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung rechtfertigt schon ein Eingreifen des Reichspräsidenten. Art. 48 Abs. 2 erfordert vielmehr, daß sie erheblich ist. Erheblich im Sinne von Art. 48 ist eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dann, wenn sie verdient, auf außerordentlichem Wege, durch ein so hohes Staatsorgan, wie den Reichspräsidenten bekämpft zu werden.[22]

Ob die Voraussetzung des Art. 48 Abs. 2 im Einzelfalle vorliegt, ob also die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reich erheblich gefährdet ist, darüber entscheidet der Reichspräsident nach eigenem, freiem Ermessen. Kein Gericht ist befugt, diese Ermessensausübung nachzuprüfen.[23] Freilich darf man dies nicht, wie Hatschek,[24] einfach damit begründen, daß der Reichspräsident unmittelbares Reichsorgan ist, dessen Wesen eben in der Unkontrollierbarkeit der Ermessensausübung besteht. Damit sagt Hatschek alles und auch nichts; denn wir sollen ja gerade feststellen, ob der Reichspräsident freies, unüberprüfbares Ermessen haben soll. Auch kann man nicht sagen, daß ein Akt der militiräschen Kommandogewalt vorliegt, der als Staatshoheitsakt der richterlichen Nachprüfung entzogen wäre. Wenn auch Laband[25] für das frühere Recht Maßnahmen des Ausnahmezustandes als Akte der Militärgewalt ansah, so kann

20) Scholz, Verwaltungsarchiv 27 S. 35.
21) Grau S. 34.
22) Grau S. 27.
23) Anschütz S. 171/8, Jacobi S. 122, Brecht S. 46, RGSt. 57/384, Entsch. d. Reichsfinanzhofs, 5. Jan. 25, DJZ. 30/235. — Anderer Meinung: Preuß, Ztschr. f. Politik 13/97 ff.
24) Hatschek 2/160.
25) Laband 2/537 Nr. 4.

man dies doch heute sicherlich nicht behaupten, wo das Einsetzen der bewaffneten Macht nur eine der nötigen Maßnahmen und nur die subsidiäre ist, wenn alle übrigen versagen. Freilich auch Grau[26] hat nicht den Kernpunkt getroffen, wenn er sagt, daß die Gerichte überhaupt ungeeignete Organe wären, über derartige politische Fragen zu entscheiden, da ihnen die tatsächlichen Unterlagen hierfür nicht zur Verfügung stehen. Grau sei daran erinnert, daß die Gerichte häufig genug in die Zwangslage kommen, bei der Urteilsfällung über politische, wirtschaftliche, oder soziale Fragen zu entscheiden, denn das deutsche Recht hat im Gegensatz zum französischen die Trennung der beiden Ressorts, Justiz und Verwaltung streng durchgeführt, sodaß jedes dieser beiden Ressorts die für seine Entscheidung wichtigen Vorfragen incidenter entscheiden kann, auch wenn sie in das andere Ressort fallen,[27] daß der Richter ferner auch jederzeit Sachverständige heranziehen kann, die ihn über Fragen, welche sich seiner Kenntnis entziehen, aufklären. Die Begründung ergibt sich vielmehr aus dem ganzen Zweck des Art. 48 Abs. 32. Dieser Absatz, der für außerordentliche Fälle außerordentliche Maßnahmen vorsieht, erfordert ein schnelles und sicheres Handeln des Reichspräsidenten, um dem Augenblicke der Gefahr gerecht zu werden. Da in einem solchen Zeitpunkt mit dem äußersten gerechnet werden muß, häufig sogar der Bestand des Reiches auf dem Spiele steht, konnte und wollte die Reichsverfassung die Entscheidung über diese vorwiegend politische Frage nur dem pflichtgemäßen Ermessen des Reichspräsidenten überlassen. Eine einheitliche Staatslenkung ist in solchen Fällen doppelt nötig und diese duldet nicht, daß über jeder einzelnen Maßnahme das Damoklesschwert der richterlichen Nachprüfung schwebt, ob die Voraussetzung in Wirklichkeit vorgelegen hat. Dafür spricht auch der sich aus der ganzen Fassung des Art. 48, insbesondere aus Abs. 3, herzuleitende Wille der Reichsverfassung, nur eine politische Kontrolle zuzulassen. Der Abs. 3 des Artikels 48 macht es dem Reichspräsidenten zur Pflicht, von allen auf Grund des Abs. 2 getroffenen Maßnahmen den Reichstag unverzüglich in Kenntnis zu setzen und, sofern es der Reichstag verlangt, diese außer Kraft zu setzen. Dem Reichstag steht

26) Grau S. 154.
27) Hatschek, Deutsches u. preußisches Verwaltungsrecht S. 15.

demnach die Kontrolle darüber zu, ob bei Ausnahmemaßnahmen des Reichspräsidenten die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2 gegeben sind. Hierfür ist der Reichstag geeigneter als alle übrigen Reichsorgane; denn einmal setzt er sich aus unabhängigen, nur ihrem Gewissen unterworfenen Vertretern des ganzen Volkes zusammen, sodaß eine objektive Entscheidung gewährleistet ist; sodann hat der Reichstag die Möglichkeit, sich vom Reichspräsidenten die erforderlichen Unterlagen, die für dessen Entscheidung maßgebend sind, vorlegen zu lassen; endlich kann der Reichstag auf Grund seines Enqueterechts (Art. 34) Untersuchungsausschüsse einsetzen, die den in Frage stehenden Fall restlos aufklären können. Die Uebertragung der Kontrolle an den Reichstag kann demnach nur die Bedeutung haben, daß für ein Nachprüfungsrecht anderer Organe, — der Gerichte, — kein Raum mehr vorhanden ist. Die Zuständigkeit des Reichstages als Kontrollorgan der Ausnahmegewalt des Reichspräsidenten, ist demnach eine ausschließliche. Daher steht den Gerichten, nachdem der Reichstag eine Maßnahme des Reichspräsidenten auf Grund Art. 48 Abs. 2 für zulässig erklärt hat, kein Recht zu, dessen ungeachtet zu erklären: „Die öffentliche Sicherheit und Ordnung war gar nicht gestört, Reichstag und Reichspräsident haben sich nur einschüchtern lassen, Art. 48 kann daher nicht zur Anwendung kommen."[28]

IIa) 2. aa).

Was den Inhalt der Maßnahmen betrifft, so sagt Abs. 2, daß der Reichspräsident nur solche zu treffen hat, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig sind. Hierdurch sind dem Reichspräsidenten Schranken insoweit gesetzt, als seine Maßnahmen auf Grund Art. 48 Abs. 2 von einer bestimmten Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit getragen sein müssen. Ziel und Zweck einer jeden Maßnahme muß Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung sein.[29] Wiederherstellen heißt die bestehende Gefahr und Ordnungsstörung beseitigen. Daraus folgt, daß alle Ausnahmeregeln nur einstweilige sein dürfen, eben nur solche, die der Beseitigung der bestehenden Gefahr dienen. Daß eine Maßnahme die Wiederherstellung der öffentlichen

28) Grau S. 154
29) Brecht S. 46/4 b.

Sicherheit und Ordnung bezweckt, genügt aber noch nicht, sie muß auch zur Erreichung dieses Zieles nötig sein. Nötig ist die Maßnahme nur dann, wenn das Vorgehen mit irgend einer Maßnahme objektiv überhaupt durch die Zwecke der Diktatur geboten i st.[30] Der Reichspräsident muß sich also alle möglichen Maßnahmen vor Augen halten und diese der Gefahr gegenüberstellen, die beseitigt werden soll. Es braucht nicht notwendig eine gewaltsame Unterdrückung der Störung zu sein, auch durch gütliches Entgegenkommen kann oft ebensoviel, vielleicht sogar mehr erreicht werden. Nur erforderlichen Falls, d. h. also, wenn alle übrigen Mittel zwecklos sind, kann auch die bewaffnete Macht eingesetzt werden. Welche von diesen möglichen Maßnahmen im Einzelfalle nötig ist, darüber entscheidet der Reichspräsident nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen. Kein Gericht darf nachprüfen, ob die einzelne Maßnahme wirklich zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig war; denn im Zeitpunkt der Gefahr, in dem mit dem äußersten gerechnet werden muß, erscheinen oft Maßnahmen als notwendig, die sich später als vollkommen überflüssig herausstellen. Würden wir nun dem Richter gestatten, dies im Einzelfalle nachzuprüfen und auf eine derartige Maßnahme nicht Art. 48 Abs. 2, sondern die Bestimmungen der übrigen Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen, (z. B. § 823 BGB.), dann würde dies die Diktaturtätigkeit des Reichspräsidenten beeinflussen, weil dann letzterer bei jeder einzelnen Maßnahme befürchten müßte, daß der Richter sie später für unnötig erklärt. Damit wäre Art. 48 Abs. 2 ein Schlag ins Wasser.

Indessen sträubt sich jedes Rechtsempfinden gegen ein völlig schrankenloses Ermessen des Reichspräsidenten.[31] Wenn die Anordnung soweit vom Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entfernt liegt, daß ein Zusammenhang damit überhaupt nicht mehr möglich erscheint,[32] oder wenn offenkundig ist, daß der Wille, eine zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unmittelbar oder mittelbar nötige Maßnahme zu treffen, überhaupt nicht vorgelegen hat,[33] dann kann der Richter eine Maßnahme des Reichspräsidenten für ungültig erklären. Dies ist aber nur in

30) Grau S. 47.
31) Jellinek S. 107.
32) Schwalb 693, Brecht 46, Nr. 4 a.
33) Haentschel S. 341.

sehr krassen Fällen möglich, bei denen die Ungültigkeit auf den ersten Blick erkennbar ist, da wir sonst wieder zu einem Nachprüfungsrecht der Richter kämen; so z. B. wenn auf Grund des Art. 48 Abs. 2 neue kirchliche Feiertage eingeführt oder alte abgeschafft würden, oder wenn ein Kommissar aouf Grund des Art. 48 Abs. 2 ein bestimmtes Stenographiesystem oder die Sommerzeit einführen oder aus Liebhaberei den Gebrauch deutscher Schriftzeichen vorschreiben wollte.[35] Ebenso darf der Richter wegen offensichtlichen Ermessensmißbrauch eine Anordnung des Reichspräsidenten auf Grund Art. 48 Abs. 2 dann für ungültig erklären, wenn sie den allgemeinen Anschauungen über Recht und Sittlichkeit derart widerspricht, daß ihre Durchführung eher zu weiterer Störung als zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führen muß. So z. B., wenn durch eine Anordnung die Prügelstrafe oder Verstümmelungen als öffentliche Strafen eingeführt würden.[36] Auch das in Abs. 5 vorgesehene Reichsgesetz, das die Befugnisse des Reichspräsidenten in manchen Punkten einschränken wird, darf ein richterliches Nachprüfungsrecht: hinsichtlich der Voraussetzungen und der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der einzelnen Maßnahmen nicht einführen. Mag auch eine derartige unkontrollierbare Ermessensfreiheit des Reichspräsidenten zu Bedenken Anlaß geben, die Reichsverfassung hat sie ihm gewährt und würde das Reichsgesetz das Gegenteil einführen, dann wäre seine Stellung vollkommen geändert. Daher hat auch der 33. deutsche Juristentag in Heidelberg[37] im Jahre 1924 u. a. folgenden Leitsatz für das künftige Reichsgesetz aufgestellt:

„Die dem Ermessen Spielraum lassenden Rechtsbegriffe der Diktatur, wie z. B. erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, nötige Maßnahmen sind von richterlicher Nachprüfung auszuschließen, soweit es sich nicht um die Frage handelt, ob eine zur Erreichung des Diktaturzwecks absolut ungeeignete Maßnahme vorliegt."

IIa) 2 bb)

Dagegen ist die sonstige Gültigkeit und Verfassungsmäßigkeit der auf Grund des Art. 48 Abs. 2 getroffenen

34) Ebenso wie Anm. 33.
35) Brecht S. 46/4 a.
36) Schwalb S. 693 Nr. 1, Grau 124.
37) Verhandlungen S. 72 Nr. 4/3 der Staatsrechtslehrer.

Maßnahmen dem richterlichen Nachprüfungsrecht nicht entzogen. Art. 48 Abs. 2 und die Reichsverfassung stellen nämlich für Ausnahmemaßnahmen außer den oben 1) und 2 aa) festgestellten Erfordernissen noch weitere auf, die Staat und Bürger im Gegensatz zu jenen nicht vor Störern der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern vor dem Ausnahmemaßregeln treffenden Reichspräsidenten selbst schützen sollen. Diese Kautelen waren erforderlich, um zu verhindern, daß die Ausnahmegewalt des Reichspräsidenten in einem Absolutismus ausarten könnte. Dieser Grundgedanke des Schutzes des Volkes, als des Trägers der souveränen Staatsgewalt, vor einem Absolutismus der Staatsorgane findet sich auch an anderen Stellen des Verfassungsrechtes. Erinnert sei nur an die Befugnisse des Reichsrats und des Reichspräsidenten gegenüber dem Gesetzgebungsrecht des Reichstages, an, die dem bisherigen Staatsrecht fremden Institute des Volksbegehrens und Volksentscheides, die einen Absolutismus des Reichstages, des obersten Reichsorganes, verhindern sollen, ferner sei im preußischen Verfassungsrecht auf die Befugnisse des Staatsrates gegenüber dem Landtage bei der Gesetzgebung aufmerksam gemacht. Da nun die im folgenden zu behandelnden Kautelen der Ausnahmegewalt das Volk, den Träger der souveränen Staatsgewalt, vor dem Reichspräsidenten schützen sollen, steht auch einer richterlichen Nachprüfung darüber, ob sie bei den einzelnen Maßnahmen erfüllt sind, nichts im Wege. So darf der Richter nachprüfen, ob die Grundlage aller Ausnahmemaßnahmen, der Art. 48, bis zum Erlaß des in Abs. 5 vorgesehenen Reichsgesetzes überhaupt geltendes Recht ist, was schon des öfteren bestritten wurde.[38] Die Entstehungsgeschichte der Weimarer Verfassung, die der Richter bei Prüfung dieser Frage zur Hand nehmen wird, spricht sich klar und deutlich dafür aus. Zu Art. 48 führte der Berichterstatter Dr. v. Delbrück[39] aus: „Es könnte die Frage aufgeworfen werden, was denn Rechtens sein soll, bis das in Abs. 5 vorgesehene Reichsgesetz ergangen ist. Nun ist, — ich möchte das ausdrücklich festhalten — selbstverständlich der Artikel nicht so zu verstehen, daß bis zum Erlaß dieses Gesetzes die Befugnis des Reichspräsidenten zum Einschreiten ruht, sondern umgekehrt, die Befugnis des Reichs-

38) z. B. RGSt. 55/115, 56/189.
39) Stenographischer Bericht 46./47. Sitzung S. 1304, 1322, 1325.

präsidenten ist bis zum Erlaß dieses Gesetzes eine unbeschränkte." Abg. Graf zu Dohna hat diesen Ausführungen ebenfalls zugestimmt. Daß Art. 48 geltendes Recht ist, wird heute allgemein anerkannt. Zuständig für Ausnahmemaßnahmen ist nach Art. 48 Abs. 2 der Reichspräsident und zwar nur der verfassungsmäßige. Steht dieses in Frage, hat jemand z. B. durch einen Aufruhr oder durch Art. 48 Abs. 2 selbst die Präsidentenstellung erlangt, dann hindert den Richter nichts an der Prüfung, wer nach der Verfassung berechtigt war, Ausnahmemaßnahmen zu treffen, und wer nicht. Weiter kann der Richter nachprüfen, ob der verfassungsmäßige Reichspräsident die Ausnahmemaßregeln selbst getroffen hat; denn Wortlaut und Zweck des Art. 48 Abs. 2 verbietet es, daß er die ihm hierdurch verliehene Machtbefugnis als solche, insbesondere die Entscheidung darüber, ob die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört ist, auf einen anderen überträgt.[40] Dagegen ist es zulässig, daß der Reichspräsident die Maßnahmen selbst ihrer allgemeinen Richtung nach kundgibt, und anderen Stellen dann die weitere Ausgestaltung überträgt.[41] Nichts verwehrt ferner die richterliche Nachprüfung darüber, ob bei den Ausnahmemaßregeln der Art. 50 erfüllt ist. Dieser bestimmt, daß alle Anordnungen und Verfügungen des Reichspräsidenten, auch solche auf dem Gebiete der Wehrmacht, zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Reichskanzler oder den zuständigen Reichsminister bedürfen. Liegt eine andere Gegenzeichnung als die des Reichskanzlers vor, dann darf der Richter weiter nachprüfen, ob der zuständige Minister seine Gegenzeichnung gegeben hat. Zuständig ist derjenige Minister, in dessen Ressort die betreffende Anordnung einschlagen würde, wenn sie innerhalb der ordentlichen Gesetzgebung oder Verwaltung erginge.[42] Dabei kann zweifelhaft sein, welcher Minister eigentlich zuständig ist, weil eine Anordnung in die Zuständigkeit mehrerer Ministerien einschlägt. Dann ist nicht die Gegenzeichnung aller möglicherweise beteiligten Reichsminister erforderlich, es genügt vielmehr eine solche eines der mehreren zuständigen Minister bei Art. 48 Abs. 2 regelmäßig des Reichswehrministers.[43]

40) Anschütz S. 172 Anm. 9.
41) RGSt. 56/165.
42) Grau S. 136.
43) RGSt. 56/162 Nr. 2.

Ferner steht nichts der richterlichen Nachprüfung darüber, ob der Reichspräsident die durch Abs. 2 Satz 2 aufgestellte Schranke eingehalten hat, im Wege. In diesem wird der Reichspräsident ermächtigt, vorübergehend die in den Art. 114, 115, 117, 118, 123, 124, 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen. Auf den ersten Blick erscheint es, als ob es sich nur um eine nähere Erklärung darüber handelt, was man unter dem unbestimmten Begriff „Maßnahmen" zu verstehen hat. Sehen wir aber näher hin, betrachten wir insbesondere den zweiten Hauptteil der Verfassung, in den die einzelnen, aufgezählten Artikel fallen, dann finden wir, daß die Aufzählung viel zu bestimmt ist, um nur eine Ausführung der Generalklausel des ersten Satzes zu sein. Auch erschöpft sich der Begriff Maßnahmen — wie wir noch sehen werden — keineswegs im Außerkraftsetzen von Grundrechten. Die Aufzählung dieser bestimmten Grundrechtsartikel kann daher nur den Sinn haben, daß dem Reichspräsidenten außerdem noch bestimmte Befugnisse erteilt werden, die er nach Satz 1 noch nicht hat, die also nicht zu den nötigen Maßnahmen gehören. Jede Aufzählung wirkt aber mit logischer Notwendigkeit einschränkend, indem sie das Nichtaufgezählte ausschließt. Enumerativ ergo limitativ ist eine alte und richtige Schlußfolgerung. Wenn also Art. 48 Abs. 2 aus dem zweiten Hauptteile bestimmte Grundrechte herausgreift und dem Reichspräsidenten gestattet, sie ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen, dann deutet die Verfassung darauf hin, daß er andere als die aufgezählten Grundrechte nicht außer Kraft setzen, überhaupt alle Artikel des zweiten Hauptteiles nicht antasten darf. Während Anschütz[44] hier stehen bleibt, wollen wir noch einen Schritt weiter gehen. Wenn die Reichsverfassung von zwei Hauptteilen spricht, so tut sie dies nicht deswegen, weil grundlegende Unterschiede der einzelnen Bestimmungen — etwa ein besonderes Maß von Verbindlichkeit oder Unabänderlichkeit[45] — eine Zweiteilung bedingen, sondern nur der äußeren Anordnung wegen. Gehen wir die Artikel der Reichsverfassung einmal aufmerksam durch, dann finden wir als Bestätigung dafür, daß die Einordnung in den ersten oder zweiten Hauptteil der Verfassung nicht immer nach inneren

44) Anschütz S. 174.
45) Schwalb S. 694.

Gründen erfolgt ist. Dies zeigt insbesondere Art. 105 Satz 2, „niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden," inhaltlich zweifellos ein Grundrecht und trotzdem steht er nicht im zweiten, sondern im ersten, den Aufbau und die Aufgaben des Reichs regelnden Hauptteil der Verfassung. Trotz der Zweiteilung ist die Reichsverfassung also ein einheitliches, in sich geschlossenes Ganzes,[46] sodaß die vorhin für den Reispräsidenten festgestellte Schranke auf die ganze Verfassung auszudehnen ist. Damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß sämtliche Bestimmungen der Reichsverfassung für den Reichspräsidenten ein Noli me tangere bedeuten, soweit er nicht ausdrücklich durch Satz 2 ermächtigt ist, einzelne Grundrechte ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen. Für dieses Ergebnis spricht auch die Gestaltung der Rechtsinstitute, aus denen die außerordentliche Gewalt des Reichspräsidenten geschichtlich ihren Ursprung herleitet, des königlichen Notverordnungsrechts aus Art. 63 der preuß. Verf. v. 31. 1. 1850 und des in Art. 68 der Kaiserverfassung festgesetzten Rechtes zur Erklärung des Belagerungszustandes. Das Notverordnungsrecht war in jener preuß. Verfassung ebenso wie im Art. 55 der jetzigen auf den Erlaß von Verordnungen beschränkt, die der Verfassung nicht zuwiderliefen, und § 5 des im Art. 68 vorläufig übernommenen preuß. Gesetzes vom 4. Juni 1851 gestattete, bei Verhängung des Belagerungszustandes nur die „7 Artikel der preuß. Verfassungsurkunde", die die 7 im Art. 48 Abs. 2 der Reichsverfassung bezeichneten Grundrechte betreffen, nicht etwa nur diese 7 Grundrechte außer Kraft zu setzen, sodaß an der Untastbarkeit aller anderen Artikel der Verfassung kein Zweifel bestand.[47] Nach den politischen Verhältnissen bei Erlaß der Weimarer Verfassung ist es ausgeschlossen, daß das neue Recht die Verfassung gegenüber den außerordentlichen Befugnissen des Reichspräsidenten schwächer geschützt haben sollte, als das bisherige. Weiterhin spricht dafür noch Art. 76 der Reichsverfassung. Dieser besagt in seinem ersten Satze „die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden". Vielleicht hätten die Verfassungsgeber das Wörtchen „nur" hinzufügen sollen; denn der Sinn von Art. 76 ist doch der, daß die Verfassung auf anderem Wege nicht geändert wer-

46) Nawiasky S. 14.
47) Schwalb S. 964.

den kann, auch nicht durch Ausnahmemaßregeln — etwa durch Rechtsverordnungen —. Wie die folgenden Sätze des Art. 76 zeigen, kann nämlich unter dem Wege der Gesetzgebung nur der Inbegriff derjenigen Erfordernisse für das Zustandekommen eines Reichsgesetzes verstanden werden, die in den Art. 68—74 festgelegt sind.[48] Endlich spricht für die Richtigkeit dieses Ergebnisses noch die Rede des Reichsjustizministers Schiffer in der Sitzung v. 3. März 1920,[49] in der er unter anderem sagte: „nur eine begriffliche Schranke liegt allerdings vor. Es können Maßnahmen nicht in Frage kommen, die die Verfassung selbst betreffen. Es ist undenkbar, daß auf Grund dieser Bestimmung der Reichspräsident die Verfassung außer Kraft setzen, sie beseitigen könnte, welche die Grundlage der Bestimmung selbst und die Grundlage seiner eigenen Machtvollkommenheit ist. Wollte man ihn in die Lage versetzen, durch seine Maßnahmen auch auf das Gebiet der Verfassung hinüber zu greifen, dann bedurfte es noch einer besonderen Anordnung, und diese ist im zweiten Satz ausgesprochen". Abs. 5 zwingt uns, noch einen kleinen Schritt weiter zu gehen. Ist einmal das in diesem Absatz vorgesehene Reichsgesetz ergangen, dann darf auch dieses vom Reichspräsidenten weder geändert noch aufgehoben werden, da es dann ebenso wie Art. 48 Grundlage seiner Befugnisse ist und daher eine Aufhebung oder Aenderung ebenso undenkbar ist, wie die des Art. 48 selbst. Gegen diese, in der Literatur[50] vorherrschend vertretene Lehre ist auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Jena Sturm gelaufen worden. Die beiden Berichterstatter Schmitt und Jacobi[51] stellten für die Maßnahmen des Reichspräsidenten auf Grund Art. 48 Abs. 2 unter anderem folgende Grundsätze[52] auf. „Bei der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist der Reichspräsident auch durch andere als die in Satz 2 aufgezählten Verfassungsbestimmungen nicht gehindert. Satz 2 enthält gegenüber Satz 1 nicht eine Einschränkung, sondern eine neue, zu der Befugnis aus Satz 1 hinzukommende Befugnis, nämlich die aufgezählten Verfassungsartikel außer Kraft zu setzen. Art. 48 enthält in sich ein Minimum

48) Grau S. 55.
49) Stenographische Berichte S. 4636 B.
50) Preuß S. 105, Grau S. 50, Verhandlg. d. Staatsrechtslehrer S. 138, Schwalb S. 964, Stier-Somlo 1 S. 669 und RGSt. 56/ 56/151 und 56/419.
51) Verhandlungen der Staatsrechtslehrer S. 103/4.

von Organisation, das auch durch außerordentliche Maßnahmen nicht angetastet werden darf (Reichspräsident, Reichsregierung, Reichstag)". Aber die von Schmitt zur Begründung herangezogene Entstehungsgeschichte[52] des Art. 48 spricht keineswegs klar und überzeugend für die neue Lehre. Daß die Befugnis nach Satz 1 — also die Maßnahmen und das Einschreiten mit bewaffneter Macht — und jene nach Satz 2 — die Grundrechtssuspension — in der parlamentarischen Beratung deutlich geschieden wurden, und daß von keiner Seite auf die Bedeutung des Satzes 2 als einer Einschränkung der in Satz 1 erteilten Befugnis hingewiesen wurde, besagt doch noch garnichts.[53] Andererseits konnte auch Schmitt für seine Auffassung irgend eine positive Andeutung nicht finden. Auch die Regierungserklärungen zu Abs. 2 sind — und das muß Schmitt selbst zugeben[54] — nicht ganz klar und sogar teilweise sich widersprechend, sodaß auch sie keinen Beweis für die Richtigkeit der neuen Lehre bringen. Das weitere ins Feld geführte Moment, die Berufung auf die bisherige Praxis,[55] gibt freilich zu denken Anlaß. Schmitt weist darauf hin, daß jeder Ausnahmezustand Eingriffe in den organisatorischen Aufbau der Verfassung mit sich bringt, insbesondere dann, wenn von einem typischen Mittel des Ausnahmezustandes, dem Uebergang der vollziehenden Gewalt, Gebrauch gemacht wird. An mehreren Beispielen weist er nach, daß der Reichspräsident seit Erlaß der Verfassung tatsächlich den Uebergang der vollziehenden Gewalt teils ohne, teils sogar mit Außerkraftsetzung von Verfassungsartikeln (z. B. V. O. R.G.Bl. 41 v. 11. 1. 1920 und R.G.Bl. 46 v. 13. 1. 1920) als Mittel des Ausnahmezustandes benutzt hat. Diesen Ausführungen Schmitts haben wir einmal zu entgegnen, daß es keineswegs zulässig ist, von der praktischen Anwendung eines Rechtssatzes auf diesen selbst Schlüsse zu ziehen, daß vielmehr der umgekehrte Weg geboten ist. Andererseits aber ist zutreffend an den Ausführungen Schmitts, daß die Natur des Ausnahmezustandes es keineswegs zuläßt, daß vor den Zuständigkeitsnormen Halt gemacht werden muß. Aber gerade Art. 48 Abs. 2 rechtfertigt eine Durchbrechung der Zuständigkeitsnormen. Dies

52) Staatsrechtslehrer S. 79.
53) Nawiasky S. 40, Archiv des öffentl. Rechts.
54) Verhandlungen der Staatsrechtslehrer S. 69.
55) Verhandlungen der Staatsrechtslehrer S. 66.

gilt einmal für die Art. 56, 57, welche die Gewaltenteilung zwischen den Reichsministern für normale Zeiten festlegen; für die anormalen Verhältnisse des Ausnahmezustandes aber gilt Art. 48 Abs. 2, der eben alle Gewalten in der Hand des Reichspräsidenten vereinigt.[56] Das Gleiche gilt auch für die im Regelzustand geltende, durch die Art. 5, 14, 15, 78 festgelegte Verteilung der Kompetenzen zwischen Reich und Ländern. „Art. 48 erklärt für den Fall einer rechtlichen Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reich die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als eine Reichsangelegenheit und überträgt die Ausübung der Staatsgewalt in dieser Reichsangelegenheit einem Organ des Reiches auf Grund der Reichsverfassung. Damit wird gleichzeitig durch Reichsgesetz, nämlich die Reichsverfassung selbst, die Ausführung dieser reichsgesetzlichen Ordnung abweichend vom Normalfalle, aber im Sinne des Bedingungssatzes von Art. 14 — „soweit nicht die Reichsgesetze etwas anderes bestimmen" — den Landesbehörden abgenommen und einem Reichsorgan übertragen, woraufhin die Reichsaufsicht nach Art. 15 von selbst ausschaltet."[57] Wir sehen also, daß Art. 48 eine Durchbrechung auch anderer als der in Abs. 2 Satz 2 aufgezählten Verfassungsartikel zuläßt. Besteht nun aber wirklich eine rechtliche Notwendigkeit, von dieser doch verhältnismäßig kleinen Anzahl von Zuständigkeitsnormen einen Schluß auf die ganze übrige Verfassung zu ziehen, oder liegt es nicht viel mehr näher, der einen Ausnahme der herrschenden Lehre — den in Satz 2 aufgezählten Artikeln — die Zuständigkeitsnormen als weitere Ausnahme anzureihen, wie es schon einige Anhänger der herrschenden Lehre getan haben, insbesondere Schwalb.[58] Die unhaltbaren, praktischen Folgen der neuen Lehre, die Nawiasky ihren Verfechtern eindringlichst vor Augen hält, entscheidet diese Zweifelsfrage zu Gunsten Schwalbs.[59] „Nach der neuen Lehre könnten die in dem unantastbaren, organisatorischen Minimum nicht genannten obersten politischen Faktoren vorübergehend ausgeschaltet werden, wie das Reichsvolk in Bezug auf Volksbegehren und Volksentscheid, der Reichsrat, der Reichswirtschaftsrat,

56) Nawiasky S. 42.
57) Nawiasky S. 43.
58) Schwalb S. 694 Nr. 3.
59) Nawiasky S. 7/8.

die Landesregierungen, die Landesvolksvertretungen, die Landesvölker. Auch die Landesverfassungen stünden ohne jeden Vorbehalt zur Disposition des Reichsdiktators. Der Reichspräsident brauchte weiter nicht Halt zu machen vor dem Reichsstaatsgerichtshof, soweit es sich nicht um die Anklage gegen den Reichspräsidenten selbst wegen Verfassungs- und Gesetzesverletzung handelt, vor dem Reichsgericht, dem Reichsfinanzhof, den sonstigen richterlichen Reichsbehörden und den Gerichten der Länder. Weiter könnten alle Reichs- und Landesverwaltungsbehörden, einschließlich aller Selbstverwaltungsorgane auf Zeit suspendiert werden. Nach dieser Lehre wäre also der vorübergehende Abbau des gesamten Reichs- und Landesapparates verfassungsrechtlich zulässig." Daß dies die Reichsverfassung mit Art. 48 gewollt hat, wird man wohl keineswegs sagen dürfen. Und damit ist der Fingerzeig zu dem anderen möglichen Ausweg gegeben, der Schwalb[60] zu folgendem m. E. allen Streifragen gerecht werdenden Ergebnis kommen läßt.

> Grundsätzlich ist die ganze Reichsverfassung für den Reichspräsidenten bei Ausnahmemaßregeln auf Grund Art. 48 Abs. 2 unantastbar, ausgenommen die in Art. 48 Abs. 2 selbst aufgezählten Grundrechtartikel und die Zuständigkeitsbestimmungen der Verfassung.

Ob der Reichspräsident diese Schranke bei den Ausnahmemaßnahmen eingehalten hat, darf der Richter nachprüfen.

II a 2. cc)

Die Gelegenheit, das Vorliegen aller dieser Erfordernisse nachzuprüfen, kann den Gerichten in den verschiedensten Prozessen gegeben sein, je nachdem, um was für eine Maßnahme es sich handelt. Dieser Begriff „Maßnahmen" ist so vielseitig und unbestimmt, daß sich der Richter von vornherein Klarheit verschaffen muß, was Art. 48 unter Maßnahmen versteht. Kein Bedenken wird er haben, daß einmal Eingriffe tatsächlicher Art in Frage kommen; denn die Reichsverfassung nennt ja selbst einen solchen „das Einschreiten mit bewaffneter Macht". Damit sind aber alle der Wehrmacht im Kriegsfalle zu Gebote stehenden Mittel eng verbunden. Der Reichspräsident darf also auf Grund von Art. 48 Abs. 2 z. B. Städte beschießen, mit Gas belegen oder durch Flieger

60) Schwalb S. 695 oben.

Bomben werfen lassen. Sogar Gefangene könnten erschossen werden, auch wenn sie die Regeln des Kriegsrechts beobachten; denn das Völkerrecht gilt nur im Verhältnis von Staat zu Staat, nicht aber im Verhältnis von Staatsgewalt zu Staatsbürgern.[61] Aus gleichem Grunde wäre wohl menschlich, keineswegs aber rechtlich etwas gegen die Erschießung Verwundeter einzuwenden. Damit sind aber die tatsächlichen Maßnahmen des Reichspräsidenten auch nicht im geringsten erschöpft. Es sind noch sehr viele andere denkbar. Alle tatsächlichen Maßnahmen, die zugleich einen Eingriff in die im Abs. 2 Satz 2 aufgezählten Grundrechtsmaterien enthalten, sind aber nur dann durch Art. 48 gedeckt, wenn vorher eine ausdrückliche Aufhebungserklärung des betreffenden Grundrechts vorgelegen hat. Daß Art. 38 letzteres erfordert, geht einmal aus seinem Wortlaut hervor, der von einer „Außerkraftsetzung" spricht, andernfalls hätte die Verfassung sagen können, der Reichspräsident ist an die betreffenden Grundrechte nicht gebunden.[62] Eine vorherige, ausdrückliche Aufhebungserklärung erfordert aber auch die Rechtssicherheit; denn der einzelne Staatsbürger muß genau wissen, welcher veränderten Rechtslage er unterworfen ist und wie er sich gegenüber einem Eingriff des Reichspräsidenten in seine Rechtsgüter zu verhalten hat. Wenn der Reichspräsident sich also stillschweigend über die betreffenden Grundrechte durch einzelne, ihnen widersprechende, tatsächliche Handlungen hinwegsetzt, dann kann er sich nicht darauf berufen, daß darin eine Außerkraftsetzung liegt. „Wer eine rechtliche Bestimmung verletzt, hebt sie nicht auf und setzt sie nicht außer Kraft."[63] Ob bei einem Eingriff in die in Satz 2 aufgezählten Grundrechtsmaterien eine vorherige Aufhebungserklärung des betreffenden Grundrechts vorgelegen hat, darf der Richter nachprüfen. Ist eine tatsächliche Maßnahme des Reichspräsidenten durch Art. 48 Abs. 2 nicht gedeckt, dann ist der Reichspräsident persönlich dafür verantwortlich; denn da er kein außerhalb des Staates stehendes Rechtssubjekt, sondern Organ, d. h. Glied des Staates ist, ist sein Tun und Handeln, wenn Art. 48 Abs. 2 nicht zur Anwendung kommt, wie das eines jeden anderen Bürgers der staatlichen Rechtsordnung unterworfen. Eine tatsächliche Ausnahmemaßregel, die durch Art. 48 Abs. 2 nicht gedeckt

61) Freytag-Loringhofen S. 149.
62) Grau S. 87.
63) Staatsrechtslehrer S. 74.

ist, löst daher die gewöhnlichen Rechtsfolgen aus, eine Schadenersatzpflicht nach BGB. oder[64] — unter der Voraussetzung der Zustimmung des Reichstags (Art. 43 Abs. 3) — eine strafrechtliche Verfolgung und endlich noch für alle Maßnahmen eine staatsrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 59 der Reichsverfassung. Wir stellen also fest, daß es zwar keine unmittelbare richterliche Kontrolle über die Handhabung der Ausnahmegewalt gibt, wohl aber eine dreifache mittelbare, eine zivilrechtliche, strafrechtliche und staatsrechtliche, bei denen die Frage des richterlichen Nachprüfungsrechtes praktisch wird.

IIa) 2cc !!! Bei der Nachprüfung, was Art. 48 Abs. 2 unter Maßnahmen versteht, wird der Richter dann weiter feststellen, daß die tatsächlichen Handlungen diesen Begriff nicht erschöpfen, sondern daß auch rechtliche Maßnahmen in Frage kommen. So sagt auch Reichsjustizminister Schiffer[65] in der Sitzung vom 3. III. 1920, daß eine Einschränkung hinsichtlich der Maßnahmen aller Art, der Gesetzgebung, der Verwaltung, wie auch rein tatsächliche Maßnahmen zulässig seien. Diese Aufzählung zeigt aber dem Richter, daß doch eine Einschränkung zu machen ist, daß nicht alle Rechtsakte gemeint sein können. Schiffer stellt den tatsächlichen Maßnahmen die der Gesetzgebung und Verwaltung gegenüber und erwähnt mit keinem Wort die Rechtsprechung, das Urteil. Mit vollem Recht. Die Rechtsprechung fällt nicht ohne weiteres unter die Maßnahmen des Art. 48 Abs. 2. Freilich haben sich Schmitt und Jacobi aufs Glatteis begeben, wenn sie den vollkommenen Ausschluß der Rechtsprechung aus dem Begriff „Maßnahmen" begründen.[66] Nach ihrer Darlegung ist eine solche immer ihrem Inhalt nach durch eine konkrete Sachlage bestimmt und ganz von einem sachlichen Zweck beherrscht, sodaß sie nach Lage der Sache von Fall zu Fall verschiedenen Inhalt und keine eigentliche Rechtsform hat. Ganz anders dagegen, so führen beide aus, ist es beim Urteil, dessen Grundlage, Inhalt und Wirkung schon im voraus generell festgelegt sind, und das ganz und gar von der Rechtsideee beherrscht ist. Diese Begründung ist formalistisch und nicht überzeugend. Wir, die wir

64) Unter der Voraussetzung der Zustimmung des Reichstags (Art. 43 Abs. 3).
65) Stenographische Berichte S. 4636 B.
66) Verhandlungen der Staatsrechtslehrer S. 97.

im Gegensatz zu Schmitt und Jacobi als Schranke der Ausnahmegewalt des Reichspräsidenten die Reichsverfassung festgestellt haben, können als bessere Begründung dafür, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit dem Reichspräsidenten bei Betätigung der Ausnahmegewalt entzogen ist, den Art. 103 der Reichsverfassung — „die ordentliche Gerichtsbarkeit wird durch das Reichsgericht und durch die Gerichte der Länder ausgeübt" — anführen, der sich als eine Verfassungsbürgschaft für das Weiterbestehen der geltenden Verteilung der Justizhoheit zwischen Reich und Ländern darstellt. Würde der Reichspräsident auf Grund Art. 48 Abs. 2 die ordentliche Gerichtsbarkeit ausüben, dann läge darin eine Verfassungsverletzung, weil Art. 103 nicht zu den in Art. 48 Abs. 2 S. 2 aufgezählten Verfassungsartikeln gehört, die der Reichspräsident durchbrechen kann. Dasselbe scheint mit Rücksicht auf Art. 105 der Reichsverfassung auch für die außerordentliche Gerichtsbarkeit zu gelten. Aber wie so oft, trügt auch hier der Schein. Art. 105 bestimmt in seinem ersten Satze: Ausnahmegerichte sind unstatthaft; was sind nun aber Ausnahmegerichte? Diese Frage ist lebhaft bestritten. Der Begriff des Ausnahmegerichts deckt sich zunächst nicht mit dem des Sondergerichts. Sondergerichte sind Gerichte, die für gewisse vom Gesetz im voraus und allgemein bezeichneten Personengruppen oder Streitgegenstände an die Stelle der sonst zuständigen — ordentlichen — Gerichte treten.[67] Dahin gehören beispielsweise die Gewerbegerichte, die Kaufmannsgerichte, die Jugendgerichte und das Reichswirtschaftsgericht. Von diesen Sondergerichten unterscheiden sich die Ausnahmegerichte dadurch, daß sie nicht, wie jene, durch allgemeine abstrakte Vorschrift für alle Streitfälle einer — nach der Beschaffenheit des Streitgegenstandes, der Stellung der streitenden Personen oder sonstwie — gekennzeichneten Kategorie, sondern durch Verfügung für einen einzelnen Fall oder für eine Mehrzahl bestimmter Einzelfälle eingesetzt werden. Völlig verfehlt ist es, wenn v. Freytag-Loringhoven[68] für die Ausnahmegerichte die Gleichung aufstellt: Ausnahmegericht=politisches Tendenzgericht. Auf die Tendenz d. h. auf die für die Durchbrechung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung maßgebenden Beweggründe kommt es nicht an.

67) Anschütz S. 285/3 a.
68) S. 273/274.

Diese Beweggründe können politische sein, sie brauchen es aber nicht zu sein.[69] Richtiger ist es schon, wenn Hatschek[70] das Ausnahmegericht definiert als eine „durch die Exekutive versuchte Durchbrechung der gesetzlichen Gerichtsorganisation." Aber seine Definition ist zu eng; denn Satz 1 verbietet nicht nur der Exekutive, sondern auch der Legislative die „Durchbrechung der gesetzlich festgelegten Gerichtsorganisation[71]."

Die Aburteilung dieser Straftaten, die der Reichspräsident durch Ausnahmeverordnung zu solchen erklärt, und die er den Ausnahmegerichten zur Aburteilung überträgt, ist aber überhaupt nicht gesetzlich geregelt. Also kann von einer Durchbrechung der gesetzlich festgelegten Gerichtsorganisation nicht die Rede sein. Außerdem bestimmt Satz 3 von Art. 105, daß die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegs- und Standgerichte durch die in Satz 1 und Satz 2 getroffenen Bestimmungen nicht berührt werden. Damit gestattet die Reichsverfassung gleichzeitig auch, durch einfache Reichsgesetze — und diesen stehen, wie weiter unten ausgeführt wird, die Ausnahmeverordnungen gleich — Kriegs- und Standgerichte einzusetzen. Unter Kriegs- und Standgerichten kann aber Art. 105, ebenso wie § 16 G. V. G. nur die außerordentlichen Gerichte des Ausnahmezustandes verstehen, nicht die unter solcher Bezeichnung in der M. St. G. O. geregelten ordentlichen Militärgerichte; denn die Militärgerichtsbarkeit ist durch Art. 106 der Reichsverfassung aufgehoben.[72] Daher ist es auch dem Reichspräsidenten nicht verwehrt, sich durch Verordnung oder Verfügung auf Grund von Art. 48 Abs. 2 zum Richter für die außerordentlichen Strafgerichte zu machen und die in ihre Zuständigkeit fallenden Taten abzuurteilen. —

II a. 2. cc) ß) aa)

Die rechtlichen Maßnahmen mit Ausnahme des Urteils der ordentlichen Gerichte sind einzuteilen in Verfügungen, die sich auf den Einzelfall beziehen und ihre Kraft an diesem Einzelfall erschöpfen und in Verordnungen, die eine Mehrheit von Tatbeständen regeln. Verfügungsmäßige Maßnahmen sind verhältnismäßig selten. Sie müssen den oben

69) Anschütz S. 287/e.
70) Hatschek, Deutsches und preuß. Staatsrecht 2 S. 549.
71) Anschütz S. 286/c.
72) RGSt. 56/164.

2bb) festgestellten Erfordernissen genügen, d. h. also, vom verfassungsmäßigen Reichspräsidenten erlassen sein, die Gegenzeichnung des nach Art. 50 zuständigen Reichsministers tragen, ferner dürfen sie nicht mit Verfassungsbestimmungen in Widerspruch stehen, die er mit Ausnahme der in Abs. 2 S. 2 aufgezählten Grundrechte und der Zuständigkeitsbestimmungen nicht antasten darf.

II a. 2. cc) ß) bb) 1.

Eine Sonderstellung unter den rechtlichen Maßnahmen nehmen die Verordnungen ein, freilich nicht die Verwaltungsverordnungen, die sich an die Behörden und die bewaffnete Macht richten, sondern vielmehr die Rechtsverordnungen, die, sofern sie den Anforderungen der ihrem Urheber erteilten Ermächtigung entsprechen und sich in deren Grenzen halten, den Gesetzen gleichstehen. Ist nun eine solche Rechtsverordnung auf Grund Art. 48 Abs. 2 (sog. Notverordnung) für ein Urteil entscheidend, dann muß der Richter, der nur dem Gesetz unterworfen ist, nachprüfen, ob diese Voraussetzung ihrer Rechtsverbindlichkeit vorliegt. Zu allererst muß sich der Richter im Klaren sein, oder sich Klarheit verschaffen, daß die Ermächtigung selbst — Art. 48 — bis zum Erlaß des in Abs. 5 vorgesehenen Reichsgesetzes geltendes Recht ist (oben 2. b) ferner, daß Art. 48 Abs. 2 auch den Erlaß von Rechtsverordnungen zuläßt, was die Entstehungsgeschichte, insbesondere die Ausführungen des Berichterstatters Dr. von Delbrück (oben 2. b) und des Reichsjustizminister Schiffer (oben 2. c) bb) bestätigen. Sodann muß der Richter nachprüfen, ob die Erfordernisse, die die Ermächtigung an die Verordnungen stellt, erfüllt sind. Hier gilt freilich auch für Verordnungen, wie für alle Maßnahmen, der Grundsatz, daß die Gerichte nicht nachprüfen dürfen, ob die Voraussetzung des Art. 48 Abs. 2, eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgelegen hat, und ob die Verordnung zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig war. Wenn wir uns aber die Verordnungen ansehen, die seit Inkraftvertreten der Reichsverfassung auf Grund Art. 48 Abs. 2 erlassen sind, dann steigen freilich in uns starke Bedenken auf, ob wir nicht doch ein richterliches Prüfungsrecht auch über die Erfordernisse befürworten sollen. Müssen wir doch feststellen, daß bei

Erlaß der meisten dieser Verordnungen der Zweck des Art. 48 Abs. 2 vollkommen aus dem Auge gelassen wurde. Während Wortlaut und Zweck des Abs. 2 zweifellos einen allgemeinen Notstand des Staates erfordern, in dem Bestand und Tätigkeit der rechtmäßigen Organe und damit dieser selbst in Frage gestellt ist,[73] hat man in Wirklichkeit diesen Artikel zum „Mädchen für alles" gemacht und immer dann als Grundlage für Verordnungen benutzt, wenn besonders gelagerte Verhältnisse und plötzlich auftretende, spezielle Bedürfnisse eine Regelung erforderten.[73] Mit einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wie wir sie oben entwickelt haben, haben aber die meisten dieser Verordnungen nichts oder doch nur wenig zu tun. Denken wir nur an die Verordnung über die Beschränkung des Devisenhandels auf den amtlichen Einheitskurs (Verordnung vom 22. Juni 1922 RGBl. 1, 409), über das Verbot von Reichsmarkverkäufen in das Ausland (Verordnung vom 15. August 1923 RGBl. 893), über die Bestellung eines Devisenkommissars (Verordnung vom 9. August 1923 RGBl. 705). Ferner tritt der Mißbrauch des Art. 48 Abs. 2 in krasser Form bei der Verordnung zum Schutze des Funkverkehrs vom 8. März 1924, RGBl. I, 273, in Erscheinung, die ergangen ist, um den überhandnehmenden „Schwarzhörern" das Handwerk zu legen. Ein richterliches Nachprüfungsrecht darüber, ob beim Erlaß von Verordnungen auf Grund Art. 48 Abs. 2 die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört war, und ob die Verordnung zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig war, würde freilich derartige Uebergriffe der Praxis eindämmen. Aber so sehr dieses Moment auch das richterliche Nachprüfungsrecht befürwortet, das Interesse des Staates an den Ausnahmemaßnahmen überwiegt jedes andere Moment. Derselben Ansicht ist auch der Reichsfinanzhof, dessen Entscheidung vom 5. Januar 1925[74] uns auch die letzten Zweifel nimmt; denn auch dort handelt es sich um eine Verordnung, die mit einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nichts zu tun hat (Verordnung vom 4. 12. 1924 RGBl. II. 765). Und doch verneint der Senat ein richterliches Prüfungsrecht über das Vorliegen dieser Voraussetzung; „denn er geht davon aus, daß die Reichsver-

73) Kronheimer S. 315.
74) Entscheidungen des Reichsfinanzhofs Bd. 15 S. 103.

fassung, wenn sie für äußerste, nur mit Machtmitteln zu bekämpfende Gefahrfälle eine außerordentliche Ermächtigung aufstellt, wie solche auch im Art. 68 der alten Reichsverfassung vorgesehen war, deren Voraussetzungen nur auf dem Gebiete staatlicher Notwendigkeit suchen, mithin die Entscheidung über das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen eines Einschreitens als politischer Natur nur den für die Wahrung der Staatssicherheit verantwortlichen Stellen maßgeblich übertragen konnte und wollte.“ (Uebereinstimmend RGSt. 57, S. 384). Dagegen ist das Vorliegen der sonstigen für die Gültigkeit und Verfassungsmäßigkeit der Notverordnungen erforderlichen Voraussetzungen dem richterlichen Nachprüfungsrecht nicht entzogen. Der Richter, der die Gesetzeskraft einer derartigen Verordnung festzustellen hat, darf und muß daher nachprüfen, ob einmal der verfassungsmäßige Reichspräsident die Verordnung erlassen hat (siehe oben 2. bb), ferner ob sie nach Art. 50 der Reichsverfassung die Gegenzeichnung des zuständigen Ministers trägt, ob bei Verordnungen, welche in die im Satz 2 aufgezählten Grundrechtsmaterien eingreifen, eine vorherige, ausdrückliche Aufhebungserklärung der betreffenden Grundrechte vorgelegen hat, was auch in derselbent Verordnung geschehen kann (siehe oben 2. cc), endlich, ob eine Verordnung nicht mit der Reichsverfassung im Widerspruch steht, die er ja, wie wir oben festgestellt haben, mit Ausnahme der in Satz 2 aufgezählten Grundrechte und der Zuständigkeitsbestimmungen, nicht antasten darf. Schon des öfteren haben Verordnungen des Reichspräsidenten auf Grund Art. 48 Abs. 2 den Gerichten Gelegenheit zur Nachprüfung gegeben, ob alle diese Erfordernisse, insbesondere das letztere, erfüllt sind. Erinnert sei nur an die Verordnung vom 1. 2. 1922, RGBl. 187, über das Verbot der Arbeitseinstellung für die Beamten der Reichsbahn, von der man behauptet hat, daß sie dem Art. 159 der Reichsverfassung widerspricht, weil danach auch den Beamtenvereinigungen das Recht zustehe, sich der Arbeitsniederlegung als Kampfmittel zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bedienen. Däs Reichsgericht,[75] vor dem dieser Einwand erhoben wurde, hat ihn unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 159 zurückgewiesen, der lediglich die „Vereinigungs“freiheit zur

75) RGSt. 56/419, Anschütz Art. 159 Nr. 3.

Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet, die Arbeitseinstellung aber als Mittel zur Erreichung dieser Zwecke nicht erwähnt. Anders wäre zu entscheiden, wenn die Reichsverfassung den Begriff „Koalitionsfreiheit" der ersten drei Entwürfe übernommen hätte. Als typische, rechtliche Maßnahmen des Ausnahmezustandes in der Form von Verordnungen werden dem Richter — abgesehen von der Außerkrraftsetzung der in Art. 48 Abs. 2 S. 2 aufgezählten Grundrechte — einmal die Einsetzung außerordentlicher Gerichte begegnen, die — wie oben[76] dargelegt wurde — dem Art. 105 der Reichsverfassung nicht zuwiderläuft, ferner die Uebertragung der vollziehenden Gewalt auf reichseigene Organe, sei es auf den Reichswehrminister — z. B. Verordnung vom 11. und 13. Januar 1920 RGBl. 42 — oder Zivilkommissare — z. B. Verordnung vom 11. April 1920 RGBl. 479. Letztere Verordnungen verstoßen nicht gegen die Reichsverfassung, weil nach unserer Feststellung die Zuständigkeitsnormen zu den Bestimmungen der Verfassung gehören, die der Reichspräsident ausnahmsweise durchbrechen kann.

Eine Streifrage besteht bezüglich der Gültigkeit von Notverordnungen, die Ausnahmen von Verfassungsbestimmungen treffen, die durch Reichsgesetz getroffen werden können, z. B. Einschränkungen der Auswanderungsfreiheit nach Art. 112 Abs. 1 S. 2, der Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 151 Abs. 3, der Vertragsfreiheit nach Art. 152 Abs. 1, des Eigentums nach Art. 153 Abs. 1 S. 2. Dies war schon nach dem alten Recht vor der Revolution im Anschluß an Art. 63 der preußischen Verfassung vom Jahre 1850 lebhaft bestritten. Die Streitfrage wird für das heutige Recht ebenso zu entscheiden sein, wie für das alte. Art. 63 der alten preußischen Verfassung lautete: Nur im Falle, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder die Beseitigung eines ungewöhnllichen Notstandes es dringend erfordert, können, insofern der Landtag nicht versammelt ist, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Häusern des Landtages bei ihrem nächsten Zusammentritte zur Genehmigung sofort vorzulegen. Die Staatsregierung stellte sich in der Geltungszeit der alten preußischen

76) Siehe S. 34 a bis 36.

Verfassung auf den Standpunkt, da die Verordnung mit Gesetzeskraft ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt, also selbst Gesetz sei, so könnten auch solche speziell der Gesetzgebung überwiesenen Gegenstände durch derartige, außerordentliche oder provisorische Gesetze geregelt werden. Die Theoretiker waren geteilter Meinung. v. Gerber[77] sagt folgendes:

„Der Satz, daß der Monarch ein Gesetz nur erlassen könne, wenn er vorher die Zustimmung der Stände hierzu erlangt hat, erleidet aber eine Ausnahme in den Fällen der sog. Notgesetzgebung. Wenn nämlich ein dringendes Interesse des Staates die sofortige Erteilung eines Gesetzes fordert, aber die Stände augenblicklich nicht versammelt sind, auch ihre zeitige Zusammenberufung untunlich erscheint, so hat der Monarch kraft einer durch die Verfassung erteilten Autorisation das Recht, provisorisch das Gesetz selbst, d. h. vorläufig ohne ständische Zustimmung zu erlassen, muß sich jedoch hierbei auf den jene Ermächtigung enthaltenden Artikel des Grundgesetzes ausdrücklich berufen. Ein solches Gesetz kann alles dasjenige zum Inhalt haben, was überhaupt durch Gesetz bestimmt zu werden vermag, nur nicht eine Abänderung der Grundgesetze und der Verfassung. Darin, daß die Verfassungsurkunde ausspricht, ein gewisser Gegenstand solle durch die Gesetzgebung reguliert werden, liegt sicherlich keine Exemtion von der Notgesetzgebung. Denn jene Zusicherung will nur dahin verstanden sein, daß der fragliche Gegenstand fortan nicht blos der Entscheidung der Verwaltungsbehörden anheimgegeben sein, sondern durch festes Gesetz ronmiert werden soll."

Mit ihm stimmt Arndt[78] vollkommen überein. Er sagt nämlich:

„Der Verfassung läuft eine Verordnung zuwider, wenn die Verfassung die Regelung einer Materie nicht durch bloße Verordnung, sondern selbst durch Notverordnung ganz besonders ausschließt und ganz bestimmt vorschreibt (Art. 63, 94 Abs. 1, 95, 107), daß die Regelung nur „mit vorheriger Zustimmung der Kammern", bezw.

77) § 77 S. 153 Anm. 3.
78) Zu Art. 63 S. 123 Anm. 3.

im Wege der „ordentlichen Gesetzgebung" erfolgen solle. Wo die Verfassung schlechthin nur ein „Gesetz" verlangt, ist die Notverordnung statthaft, andernfalls hätten alle Notverordnungen verboten werden müssen, die „den Gesetzen" zuwiderlaufen. Die Notverordnung steht rechtlich dem einfachen Gesetze gleich, sie ist, wie sie 1849 wiederholt genannt wurde und wie der Zusammenhang mit Art. 62 und der Wortlaut ergibt, ein Gesetz, ein außerordentliches, ein „vorläufiges" Gesetz, folglich kann sie auch Gesetze (nur nicht die Verfassung) ändern und aufheben.[79]"

Die entgegengesetzte Ansicht begründet Schwartz[80] damit, daß alle Bestimmungen, wonach diese oder jede Materie gesetzlich geregelt werden soll, in der Verfassungsurkunde enthalten, also ein Teil derselben sind; daher läuft eine Notverordnung, welche eine der unter sie begriffenen Materien regelt, der Verfassung zuwider. Die Rechtsverordnung werde zwar sprachgebräuchlich als Notgesetz, als provisorisches Gesetz bezeichnet; aber für den Begriff eines Gesetzes ist nicht der Sprachgebrauch, sondern die Jurisprudenz und die Verfassungsurkunde (erstere für die materielle, letztere für die formelle Seite) maßgebend sei, somit hier, wo es sich um die formelle Seite handelt, die Verfassungsurkunde. Diese versteht unter Gesetz eine mit Zustimmung der Volksvertretung zustande gekommene Norm.[81]

Aus allem ergibt sich für das heutige Recht, daß die Streitfrage letzten Endes auf die Frage hinausläuft: ist § 2 E. G. zum BGB. („Gesetz im Sinne des BGB. und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm") entsprechend auf das Staatsrecht anzuwenden oder nicht? Wollten wir die Frage nur deshalb verneinen, weil eine derartige Bestimmung für das Staatsrecht nicht ausdrücklich festgelegt ist,[82] so würde man uns mit Recht den Vorwurf der Formaljuristerei machen. Dagegen läßt es sich hören, wenn die verneinde Antwort begründet wird, daß die Reichsverfassung in einem besonderem Abschnitt die ordentliche Gesetzgebung behandelt und daher in allen Fällen, in denen in der Verfassung von Gesetzen die Rede ist, nur die auf Grund der Bestimmungen

79) Ebenso Bornhak S. 540; v. Stengel S. 174.
80) Schwartz S. 209 zu Art. 63.
81) Ebenso H. Schulze § 174; v. Rönne 2. Aufl. 1/371; a. M.: 3. Aufl.
82) Helfritz, verwaltungsrechtliches Kolleg, § 3 Schluß.

dieses Abschnitts zustande gekommenen Rechtsnormen gemeint sein können.[83] Meines Erachtens ist aber die Frage zu bejahen; denn aus dem ganzen Aufbau unserer Rechtsordnung folgt, daß die von der Verfassung gebrauchten Bezeichnungen „Reichsgesetz" (Art. 112), „besonderes Gesetz" (Art. 114), „Gesetze" (Art. 115), „allgemeine Gesetze" rein technische Begriffe sind. Der in Art. 78 ff. festgelegte Gang der Gesetzgebungsmaschine ist so kompliziert und zeitraubend, daß er nur für die besonders wichtigen Gesetzgebungsakte in Frage kommt. Der Hauptteil der gesetzgebenden Gewalt betätigt sich im Erlaß von Rechtsverordnungen. Diese sind für das Rechtsleben von ungeahnter Bedeutung geworden und haben besonders auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts die ordentlichen Gesetze fast vollkommen verdrängt. Da die Reichsverfassung selbst ein Teil des Verwaltungsrechts im weiteren Sinne ist, kann sie es unmöglich gewollt haben, daß durch die Bezeichnung „Gesetz" die auf diesem Gebiete häufigste Art von Aeußerungen der gesetzgebenden Gewalt, die Rechtsverordnungen, ausgeschlossen werden.[84]

Ganz allgemein läßt sich sagen, daß der Reichspräsident durch Notverordnungen alle Anordnungen treffen darf, für die ein einfaches, nicht verfassungsänderndes Reichsgesetz erforderlich und ausreichend ist,[85] insbesondere auch solche, die dem bestehenden Recht widersprechen. Zu diesem Ergebnis müssen wir kommen, wenn wir Art. 48 Abs. 2 gerecht werden wollen. Würden wir die Befugnis verneinen, dann brächte uns dieser Absatz nichts weiter, als die Begründung einer unter gewissen Voraussetzungen bestehenden Reichskompetenz auf dem Gebiete der Polizei, verbunden mit der Befugnis zur Grundrechtssuspension. Dieses Ergebnis wäre widersinnig. Außerordentliche Zeiten erfordern außerordentliche Befugnisse, bloße Zuständigkeitsverschiebungen haben keinen Wert.[86] Der Reichspräsident darf also durch Verordnung auf Grund Art. 48 Abs. 2 unter Abänderung des allgemeinen Teils des Strafrechts Strafen von beliebiger Art und Höhe festsetzen, sogar auch die Todesstrafe androhen,[87] was in zwei Verordnungen des Jahres 1920 (RGBl. S. 767)

83) Schwartz S. 209 oben.
84) Im Ergebnis ebenso: Anschütz S. 313/4; Brecht S. 173/12 b und RGSt. 57/384, 55/91.
85) Anschütz S. 173/12 b.
86) Grau S. 45.
87) Anschütz S. 173/12 b.

und 1923 (RGBl. 905) der Fall war. Dagegen darf der Reichspräsident bei Abänderung des Strafrechts nicht ein unsuspendierbares Grundrecht verletzen, insbesondere nicht Art. 116 der Reichsverfassung, wonach eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Eine Verletzung dieses Verfassungsartikels enthielt z. B. die Verordnung vom 25. 3. 1920, RGBl. 470, sie war daher ungültig und vom Richter nicht anzuwenden. Verwehrt ist dem Reichspräsidenten ferner nicht, wenn er die Voraussetzung des Art. 48 für gegeben erachtet, durch Verordnung Deliktstatbestände abzuändern und neue einzuführen. Auch an die Verteilung des Rechtsstoffes zwischen Reichs- und Landesrecht sind diese Verordnungen nicht gebunden,[88] selbstverständlich ist auch das Gewohnheitsrecht für sie keine Schranke.[89] Begegnen also dem Richter Notverordnungen, die dem bestehenden Recht, mit Ausnahme der Reichsverfassung, widersprechen, dann muß er sie anwenden, wenn er das Vorliegen derjenigen Erfordernisse, die seinem Nachprüfungsrecht unterliegen, festgestellt hat.

II a. 2. cc) β) bb) 2.

Was die formelle Gültigkeit der Ausnahmeverordnungen betrifft, so kann und muß der Richter nachprüfen, ob sie ordnungsgemäß verkündet sind, was erforderlich ist, da sie ja allgemein verbindlich sein sollen. Die Verkündung erfolgt regelmäßig im Reichsgesetzblatt. Notwendig ist es jedoch nicht. Nach § 1 Abs. 3 des RG. über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 13. Oktober 1923 (RGBl. 959) können Verordnungen auf Grund des Art. 48 auch in anderer Weise als im RGBl. oder im RMBl. oder RAnz. verkündet werden. In Frage kommt in erster Linie die Tagespresse. Ist eine Verordnung in dieser bekannt gemacht worden, dann muß der Richter nachprüfen, ob die Bekanntmachung schon als Verkündung gelten, oder nur nachrichtlichen Charakter haben sollte, was im Einzelnen Tatfrage ist.[90] Ferner muß sich der Richter Klarheit verschaffen, wann eine Ausnahmeverordnung in Kraft getreten, wann sie aufgehoben worden ist, was eine besondere Rolle für die

88) Brecht S. 47 c.
89) Grau S. 45 Anm 1.
90) Brecht S. 49/7

Frage der Strafbarkeit einer Handlung — nulla poena sine lege, Art. 109 der Reichsverfassung — spielen kann. Der Tag des Inkrafttretens wird regelmäßig in den einzelnen Verordnungen selbst bestimmt. Ist dies nicht der Fall, dann treten sie mit dem auf die Verkündung folgenden Tage in Kraft (§ 2 Abs. 1c des genannten Reichsgesetzes). Häufig findet sich auch in den Verordnungen der Ausdruck, daß sie „mit dem Tage der Verkündung" in Kraft tritt, dann ist mit der Anfang des Tages gemeint.[90*] In einem solchen Falle tritt also die Verordnung schon vor ihrer Bekanntmachung in Kraft; freilich gilt dies — wie auch das RG. in der angegebenen Entscheidung ausführt — nur für Verordnungen mit Verboten, die sich als Verwaltungsmaßregeln vorbeugender Art darstellen, dagegen nicht für Verordnungen, in denen Strafvorschriften enthalten sind; denn bei diesen würde eine Rückwirkung gegen den unsuspendierbaren Art. 116 verstoßen, wonach eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Die Außerkraftsetzung einer Notverordnung hebt aber die Strafbarkeit einer vorher begangenen Handlung nicht auf; § 2 Abs. 2 des Strafgesetzbuches kommt nicht zur Anwendung; denn die Aufhebung von Ausnahmeverordnungen, die von vornherein nur eine beschränkte Geltungsdauer haben, beruht auf einer Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse, nicht auf einer Aenderung der Rechtsanschauung in der Richtung einer milderen Beurteilung der Straftat.[91]

II. b)

Zuständig für Ausnahmemaßnahmen ist, wie wir oben gesehen haben, in erster Linie der Reichspräsident. Nun kann aber der Fall eintreten, daß der Reichspräsident trotz Vorliegens der Voraussetzung des Abs. 2 nicht eingreift oder einzugreifen verhindert ist. Für diese Fälle hat Abs. 4 Vorsorge getroffen. Dieser bestimmt, daß bei Gefahr im Verzuge die Landesregierungen für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen können. Abs. 4 will nach dem Wortlaut die außerordentlichen Befugnisse der Landesregierungen erschöpfend regeln.[92] Daher sind landes-

90 a) RGZ. 107/118.
91) Frank S. 27/2 b.
92) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1924/59, Schwalb DJZ. 30/209.

rechtliche Bestimmungen über die gleiche Materie unzulässig, die in solchen enthaltenen Einschränkungen oder Erweiterungen der außerordentlichen Befugnisse der Landesregierungen unverbindlich und vom Richter nicht anzuwenden.

Voraussetzung für das Eingreifen der Landesregierungen ist, wie für den Eintritt der außerordentlichen Befugnisse des Reichspräsidenten, eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Nur muß die Gefahr für das betreffende Land bestehen, dessen Regierung die außerordentlichen Befugnisse des Abs. 4 für sich in Anspruch nimmt, gleichgültig, ob der Urheber in dem betreffenden Lande selbst oder außerhalb sich befindet. Ob diese Voraussetzung im Einzelfalle vorliegt, darf der Richter auch hier aus gleichem Grunde wie bei Abs. 2 nicht nachprüfen. Im Gegensatz zu dem eben Gesagten vertritt der bayrische Staasgerichtshof[93] den Standpunkt, daß Art. 48 Abs. 4 nur Maßnahmen der Landesregierungen zur Sicherung der Ruhe und Ordnung im I n n e r n vorsieht, während bei einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die außerhalb des Landes ihren Ursprung hat, einzig und allein die Verfassung des betreffenden Landes maßgebend ist, z. B. in Bayern § 64 der bayer. VU. Eine derartige Auslegung ist aber aus dem Gesetz nicht zu rechtfertigen; denn auch bei einer Kriegsgefahr oder sonstiger Gefahr von außen ist selbstverständlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung im deutschen Reich gefährdet, die Voraussetzung des Abs. 2 und 4 also gegeben.[94] Es wäre auch widersinnig, wenn die Reichsverfassung der landesgesetzlichen Regelung gerade für den Fall einer Gefahr von außen einen Spielraum gelassen hätte, den sie ihr für den Fall einer Gefahr von innen versagt; denn das Streben der Verfassungsgeber war ja gerade darauf gerichtet, den Ländern zwar den Staatscharakter und damit auch die Handlungsfreiheit nach innen zum größten Teil zu belassen, die Handlungsfreiheit nach außen aber (die völkerrechtliche Vertretung und die Verfügung über die bewaffnete Macht) ihnen zu nehmen und auf das Reich zu übertragen.[95] Weiter spricht gegen den bayr. Staatsgerichtshof Art. 9 der Reichsverfassung, der die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zur Landesange-

93) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1924, 1 S. 59/3.
94) Schwalb DIZ. 30/210
95) Wie Anm. 94.

legenheit erklärt, — es sei denn, daß ein Bedürfnis für den Erlaß einheitlicher Vorschriften für das Reich vorhanden ist — dabei aber keinen Unterschied macht, ob die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung innerhalb oder außerhalb des betreffenden Landes ihren Ursprung hat.

Außerdem wird für den Eintritt der außerordentlichen Befugnisse der Landesregierungen Gefahr im Verzuge erfordert, d. h. „nach dem sonstigen Sprachgebrauch der Reichsgesetze eine Sachlage, die die Besorgnis begründet, daß eine Beseitigung der Störung oder Gefahr durch Angehung der Reichspräsidenten und Abwarten seines Einschreitens vereitelt oder wesentlich erschwert wird,[96]. mit anderen Worten, die Gefahr muß für das betreffende Land so groß sein, daß keine Zeit mehr vorhanden ist, dem Reichspräsidenten das nötige Material zu unterbreiten und seine Entscheidung abzuwarten. Da hierfür ein objektiver Maßstab nicht festgelegt werden kann, und da im Augenblicke der Gefahr, der allein der entscheidende ist, der Verlauf der Dinge nicht mit Sicherheit vorausgesehen werden kann, staatspolitisch aber erforderlich ist, die Dinge lieber etwas zu schwarz zu sehen, konnte und wollte die Reichsverfassung die Entscheidung über das Vorliegen dieser Voraussetzung nur dem pflichtgemäßen, von keinem Richter nachzuprüfenden Ermessen der Landesregierungen überlassen. Würden wir ein Nachprüfungsrecht des Richters zulassen, dann würde dessen Entscheidung, die zeitlich doch viel später liegt, durch die in der Zwischenzeit eingetretenen Ereignisse beeinflußt werden, der Richter würde, da ihm die staatspolitischen Erwägungen im Zeitpunkt der Gefahr unbekannt sind, mehr oder minder nach dem Erfolg urteilen, was dem Zwecke des Abs. 4 vollkommen widersprechen würde. Anders wird aber zu entscheiden sein, wenn die Ermessensfreiheit in Ermessensmißbrauch ausartet. Abs. 4 will Reich und Länder vor Störern der öffentlichen Sicherheit und Ordnung schützen, keineswegs aber der Willkür der Länder Vorschub leisten, die den Abs. 4 dazu benützen zu können glauben, um ihre machtpolitischen Ziele am einfachsten durchzusetzen. Liegt daher offensichtlich Ermessensmißbrauch vor, kann also von einer Gefahr im Verzuge auch nicht im entferntesten die Rede sein, dann ist eine Ausnahmemaßnahme der Landesregierung durch Art. 48 nicht gedeckt, der

96) Grau S. 138.

Richter darf sie für nichtig erklären. Letzteres ist z. B. der Fal, wenn der Reichspräsident in Kenntnis der Sachlage die Voraussetzung des Abs. 2 nicht für gegeben erachtet und daher ein von einer Landesregierung angeregtes Einschreiten seinerseits abgelehnt oder wenn der Reichspräsident andere als die von ihr angeregten Maßnahmen als angebracht und ausreichend erachtet und getroffen hat.[97] Das gleiche gilt, wenn der Reichspräsident ein vom Reichstage aus Anlaß der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beschlossenes Gesetz verkündet hat, ohne seinerseits Anlaß zu ergänzenden Maßnahmen aus Art. 48 Abs. 2 zu nehmen. Damit bekundet er, daß er das Gesetz zure Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als geeignet und ausreichend erachtet.[97] Inhaltlich gelten für die Ausnahmemaßnahmen der Landesregierungen dieselben Erfordernisse und daher auch dieselben Grundsätze hinsichtlich des richterlichen Nachprüfungsrechts, wie für diejenigen des Reichspräsidenten.[98] Sie können daher alle Maßnahmen, aber auch nur solche treffen, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig sind. Die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen dürfen aber nur „einstweilige" sein. „Einstweilig" ist, wie die unmittelbare Beziehung zu der die außerordentlichen Befugnisse bedingenden Gefahr im Verzuge ergibt, gleichbedeutend mit dem Ausdruck provisorisch,[99] und will sagen, daß die Landesregierungen auf die Maßnahmen beschränkt sind, die zur Bekämpfung der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bis zu dem Zeitpunkt erforderlich sind, in dem ein etwaiges Einschreiten des Reichspräsidenten wirksam werden kann.[100] Hat also der Reichspräsident auf Grund Art. 48 Abs. 2 eingegriffen, dann besteht für die Landesregierungen kein Grund mehr, ihrerseits einstweilige Maßnahmen zu treffen. Bis zu diesem Zeitpunkt aber entscheiden sie allein, nach freiem pflichtgemäßen Ermessen, ob und welche Maßnahmen zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig sind. Diese Ermessensbetätigung ist dem richterlichen

97) Schwalb DJZ. S. 210/2.
98) Anschütz S. 178/c.
99) Anschütz S. 178/1.
100) Schwalb DJZ. 30/211.

Nachprüfungsrecht aus gleichem Grunde wie bei Abs. 2 entzogen.

Dagegen darf der Richter auch hier das Vorliegen derjenigen Erfordernisse nachprüfen, die zum Schutze der Staatsbürger gegenüber den Ausnahmemaßnahmen treffenden Landesregierungen aufgestellt sind. Dahin gehört einmal die Frage der Zuständigkeit, wer also Landesregierung im Sinne von Abs. 4 ist.[101] Hierüber geben dem Richter die Landesverfassungen Auskunft. Weiterhin die Frage, ob die Ausnahmemaßnahmen der Landesregierungen etwa die Bestimmungen der Reichsverfassung durchbrechen, da diese mit Ausnahme der in Abs. 2 aufgezählten Grundrechtsartikel und der Zuständigkeitsbestimmungen für die Landesregierungen ebenso unantastbar sind, wie für den Reichspräsidenten.

Weiter darf der Richter nachprüfen, was für Maßnahmen die Landesregierungen auf Grund Art. 48 Abs. 4 treffen können. Der Wortlaut des Abs. 4 — Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art — deutet darauf hin, daß, wie in Abs. 2, sowohl tatsächliche als auch rechtliche Maßnahmen in Frage kommen, daß letztere sowohl Verfügungen als auch Verordnungen sein können. Die Landesregierungen können, wie der Reichspräsident, die in Abs. 2 bezeichneten Grundrechte außer Kraft setzen, Kommissare ernennen, Ausnahmegerichte einsetzen, sie können, soweit die Sachlage es erfordert, auch Reichsgesetze abändern, durch Einzelanordnungen durchbrechen, ja sogar außer Kraft setzen.[102]

Ferner besteht kein Zweifel, daß der Richter nachprüfen darf, ob eine Landesregierung die Ausnahmemaßregeln auf Grund Art. 48 Abs. 4 trifft, dadurch Reichsorgan wird oder Landesorgan bleibt. Diese Frage kann den Richter insbesondere dann beschäftigen, wenn sich eine Schadensersatzklage auf Art. 131 der Reichsverfassung stützt, mit der Begründung, eine Landesregierung habe ihre Befugnisse aus Art. 48 Abs. 4 der Reichsverfassung verletzt. Stellt man sich nämlich mit dem Reichsgericht[103] auf den Standpunkt, daß als Beamte im Sinne des Art. 131 der Reichsverfassung nicht nur diejenigen Personen in Betracht kommen, auf die die Bestimmungen der Beamtengesetze zur Anwendung kommen, sondern ganz allgemein alle diejenigen, die der Staat mit der

101) Anschütz S. 177/16 b.
102) Anschütz S. 178/c, Schwalb DIZ. 30/3.
103) RGZ. 104 S. 261.

Ausübung öffentlicher Gewalt betraut hat, dann fallen auch die Mitglieder der Landesregierungen darunter. Es fragt sich dann, ob bei einer Verletzung der sich aus Art. 48 Abs. 4 für die Landesregierungen ergebenden Pflichten das Reich oder das betreffende Land haftet. Da die Landesregierung an sich zweifellos ein Organ des Landes ist, so kann sie als Reichsorgan nur dann tätig werden, wenn das Gesetz erkennen läßt, daß es den Gegenstand der Betätigung als als eine Reichsangelegenheit betrachtet oder die Zuständigkeit der Landesregierung für sie auf eine Delegation oder eine Uebertragung zurückführt.[104] Für beides gibt Art. 48 keine Anhaltspunkte. Wenn Grau[105] und Jacobi[106] für die Eigenschaft der Ausnahmemaßnahmen treffenden Landesregierungen als Reichsorgan einmal ein formelles Moment anführen, nämlich, daß die außerordentlichen Befugnisse der Landesregierungen im dritten — vom Reichspräsidenten und der Reichsregierung — nicht im ersten — vom Reich und den Ländern handelnden — Abschnitte des ersten Hauptteils der Reichsverfassung behandelt werden, so ist ihnen zu erwidern, daß dieses Moment keine Beweiskraft hat; denn es ist nicht das erste Mal, daß die Reichsverfassung von der systematischen Ordnung aus gesetzestechnischen Gründen abweicht.[107] Auch der weitere Hinweis Grau's auf die in Abs. 4 Satz 2 enthaltene Befugnis des Reichspräsidenten und des Reichstages, die Aufhebung der außerordentlichen Maßnahmen der Landesregierungen zu veranlaßen, spricht nicht für die Ansicht Grau's, sondern eher für das Gegenteil; denn würde es sich um eine Reichsangelegenheit handeln, dann brauchte die Verpflichtung der Landesregierungen, die gehörig gegengezeichneten Anordnungen des Reichspräsidenten zu befolgen, nicht besonders hervorgehoben zu werden, sie wäre selbstverständlich. Die ausdrückliche Hervorhebung dieser Pflicht, wie übrigens auch der Gebrauch des Ausdrucks „Verlangen" anstatt Weisung oder Anordnung deuten vielmehr daraufhin, daß der Gesetzgeber ein Unterordnungsverhältnis, wie es zwischen dem Reichspräsidenten, und den anderen Reichsorganen der Exekutive besteht, nicht als vorliegend annahm. Man könnte mir nun einwenden,

104) Schwalb DJZ. 30/212.
105) Grau S. 143.
106) Jacobi S. 135.
107) und gerade hier liegen ja die gesetzestechnischen Gründe klar auf der Hand.

daß Art. 48 Abs. 3 S. 2 dieser Argumentation entgegenstehe; denn bei diesem handelt es sich zweifellos um eine Reichsangelegenheit, die Diktatur des Reichspräsidenten und um zwei Reichsorgane, den Reichstag und den Reichspräsidenten; gleichwohl aber gibt die Reichsverfassung dem Reichstag ausdrücklich das Recht, vom Reichspräsidenten die Außerkraftsetzung der gemäß Abs. 2 getroffenen Maßnahmen zu verlangen. Darauf ist zu erwidern, daß nach der Weimarer Reichsverfassung Exekutivorgane in erster Linie der Reichspräsident und die Reichsregierung sind, deren Befugnisse scharf voneinander abgegrenzt sind. Der Reichstag dagegen ist in erster Linie Gesetzgebungsorgan und nur in den von der Verfassung besonders festgesetzten Fällen Verwaltungsorgan. Wenn daher die Reichsverfassung dem Reichstag auf dem Gebiete der Verwaltung — und die Diktaturtätigkeit gehört zur Verwaltung — ein Uebergewicht gegenüber dem Reichspräsidenten geben wollte, dann mußte sie dies besonders aussprechen. Tatsächlich handelt es sich auch nicht um die Uebertragung einer Zuständigkeit in Reichsangelegenheiten an ein damit zum Reichsorgan gewordenes Landesorgan, sondern um die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Reich und Ländern. An sich gehört nämlich nach Art. 9 der Reichsverfassung der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, soweit nicht das Reich ein Bedürfnis für den Erlaß einheitlicher Normen annimmt, zum Gesetzgebungsbereich der Länder, also auch zum Betätigungsfeld ihrer Verwaltungsbehörden. Art. 48 Abs. 4 überträgt daher den Landesregierungen nicht die Befugnis zu einer ihnen sonst überhaupt nicht zustehenden Tätigkeit, sondern befreit bloß die ihnen iunter normalen Verhältnissen bereits zustehende Tätigkeit von einer gesetzlich festgelegten Schranke — dem Art. 48 Abs. 2 —.[108] Die Landesregierung, die von außerordentlichen Befugnissen des Art. 48 Abs. 4 Gebrauch macht, bleibt daher Landesorgan. Das betreffende Land, und nicht das Reich, hat für den, durch eine Ueberschreitung der Befugnisse seiner Regierung aus Abs. 4 entstandenen Schaden aufzukommen.

108) Schwalb DJZ 30 S. 213.

C.

Das Ergebnis der Arbeit läßt sich in folgenden Leitsätzen für das richterliche Nachprüfungsrecht bei den Ausnahmemaßnahmen zusammenfassen.

II. Bei der Reichsexekution.

a) Der Staatsgerichtshof darf nachprüfen,

1. ob ein Land die ihm durch die Verfassung auferlegten Pflichten verletzt hat,
2. ob das Mittel des Reichspräsidenten überhaupt zulässig ist,

b) dagegen nicht die Ermessensausübung hinsichtlich der Wahl der Mittel.

II. Bei der Ausnahmegewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen.

a) Die Gerichte dürfen nicht nachprüfen alle diejenigen Erfordernisse, die dem Ermessen der zuständigen Stellen freien Spielraum lassen, es sei denn, daß offensichtlich Ermessensmißbrauch vorliegt.

1. Bei der Ausnahmegewalt des Reichspräsidenten
   aa) ob die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reich erheblich gestört oder gefährdet war,
   bb) ob die einzelne Maßnahme zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötig war.
2. Bei der Ausnahmegewalt der Landesregierungen
   aa) ob Gefahr im Verzuge war,
   bb) ob die Maßnahmen einstweilige waren.

b) Dagegen dürfen die Gerichte nachprüfen, sowohl bei Abs. 2 wie bei Abs. 4;

1. ob die sonstigen Erfordernisse erfüllt sind, die die Reichsverfassung und Art. 48 für Ausnahmemaßnahmen aufgestellt haben,
2. ob Bestimmungen der Reichsverfassung verletzt sind, die mit Ausnahme der in Abs. 2 aufgezählten Grundrechtsartikeln und der Zuständigkeitsbestimmungen für Reichspräsidenten und Landesregierungen unantastbar sind.

Mein Lebenslauf.

Am 20. Oktober 1904 erblickte ich zu Branitz OS. als Sohn des Kaufmanns Josef Ksoll und seine Ehefrau Maria, geb. Schustek, das Licht der Welt. Vom 6. bis zum 10. Lebensjahre besuchte ich die katholische Volksschule in Branitz, trat Ostern 1915 in das Wohrsch-Gymnasium in Leobschütz ein und bestand dort am 17. März 1924 die Abschlußprüfung. Darauf studierte ich in München, Hamburg und Breslau Rechts- und Staatswissenschaft, und bestand am 17. und 18. Februar 1928 am Oberlandesgericht in Breslau, mein Referendarexamen. Am 16. Juni wurde ich zum Referendar ernannt und der Staatsanwaltschaft in Oels überwiesen.

Nicht verfehlen möchte ich, Herrn Prof. Heilborn für die Anregungen zu danken, die er mir bei der Abfassung der Dissertation gegeben hat.